

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

33/34

(2004/2005)

L'Europa e gli 'Altri'
Il diritto coloniale fra Otto e Novecento

TOMO I



giuffrè editore milano

PIETRO COSTA

PAGINA INTRODUTTIVA

1. Che ruolo ha svolto il diritto nell'esperienza coloniale degli Stati europei? Il diritto era un inutile lusso in un conflitto che divampava in Europa ma aveva il mondo come posta in gioco oppure esso svolgeva il ruolo di una pedina insostituibile in quella partita violenta e decisiva? E se al diritto il dominio coloniale (come ogni dominio) non poteva non ricorrere, che cosa avveniva nel passaggio dalla 'metropoli' alla 'colonia'? Erano le stesse regole e gli stessi principi a valere immutabili ovunque oppure nel passaggio dal 'centro' alle zone 'esterne', dall'Europa dominante alle società dominate, il diritto subiva torsioni e trasformazioni imprevedute? A quali istituzioni, regole, pratiche giuridiche ricorreva il dominio coloniale? E quali erano i concetti giuridici funzionali all'impresa coloniale, quale era, insomma, la cultura giuridica della colonizzazione?

Queste domande (e numerose altre) si pongono immediatamente non appena si rifletta su un fenomeno — la colonizzazione — determinante per cogliere il senso stesso della politica e (vorrei dire) dell'identità europea in un lungo arco di tempo, che dalla prima modernità si protende fino al secondo Novecento. Non ci si attenda però da questo volume dei « Quaderni Fiorentini », nonostante la qualità dei saggi che lo compongono e la sua cospicua dimensione, risposte complessive ed esaurienti. A frustrare un'aspettativa del genere intervengono non solo la limitazione temporale (viene studiato il tornante otto-novecentesco della colonizzazione, anche se non mancano saggi che ampliano notevolmente il loro orizzonte di riferimento ⁽¹⁾), ma soprattutto la complessità (finora troppo sottovalutata) del fenomeno e la varietà delle espe-

(1) Ne offre una significativa illustrazione il saggio di DIOGO RAMADA CURTO.

rienze e degli ordinamenti coloniali (2). Il senso del volume (condiviso, mi sembra, dalla generalità dei contributi) va cercato altrove: nel moltiplicare gli approcci e i 'punti di vista' attraverso i quali entrare in contatto con un fenomeno tanto decisivo quanto trascurato.

Certo, in tempi relativamente recenti il lungo oblio storiografico cui era stato condannato il diritto coloniale è stato finalmente interrotto da interventi coraggiosi, dovuti all'impulso di alcune riviste (3), alle ricerche di singoli studiosi, ad iniziative congressuali (4). Credo però che convenga ancora riflettere sul nesso fra diritto e colonizzazione alla luce di un'ipotesi che il nostro volume contribuisce (se non erro) a verificare: l'ipotesi di una stretta complementarità fra il 'dentro' e il 'fuori', fra la metropoli e la colonia, fra l'Europa e il 'mondo', mentre appare sempre meno plausibile non solo la semplice 'dimenticanza' del fenomeno coloniale (e giuridico-coloniale), ma anche solo la sua collocazione in una 'periferia' che lascia intatto il 'centro', come se quest'ultimo fosse perfettamente comprensibile in se stesso senza bisogno di sporcarsi le mani con tutto ciò che resta 'al di fuori' della sua circonferenza. Al contrario, il nostro volume mi sembra fornire numerose testimonianze della stretta connessione fra la metropoli e le colonie: è la metropoli che offre alla colonizzazione gli strumenti giuridici ad essa funzionali, ma a sua volta la torsione coloniale degli standard giuridici europei produce effetti di 'retroazione', raggiunge di rimbalzo il 'centro' e in qualche misura incide sulla sua stessa configurazione.

Cadono dunque gli steccati che separavano il diritto metropolitano dal diritto coloniale, ridotto al rango di una marginale ed effimera 'peculiarità'; e cade anche il pregiudizio che vedeva nel diritto coloniale una componente meramente 'tecnica' del processo di colonizzazione, una congerie di norme e di istituzioni prive di presupposti e di effetti 'culturali'. Al contrario, il diritto è parte

(2) Il tema della varietà degli ordinamenti coloniali è richiamato dal saggio di DIEGO RAMADA CURTO e di CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA.

(3) Valga l'esempio, per restare all'Italia, di « Clio » e dei « Quaderni Storici ».

(4) Quale il recente convegno napoletano ("Oltremare. Culture e istituzioni dal colonialismo all'età postcoloniale") organizzato dalla Società per gli studi di storia delle istituzioni nel 2002 presso l'Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa.

intrinseca del processo di colonizzazione e incide su momenti diversi ma complementari di quel processo, sull'organizzazione del dominio come sulla definizione dei soggetti, sulla regolamentazione della vita quotidiana come sulla teorizzazione della sovranità.

Nella prospettiva dei « Quaderni Fiorentini », certo, ad essere privilegiato è il discorso giuridico della colonizzazione (il diritto come strumento di rappresentazione e di legittimazione dell'ordine coloniale), piuttosto che gli apparati istituzionali e le connesse pratiche giuridiche. Mai come nel caso della colonizzazione, tuttavia, discorsi e pratiche, la 'cultura' della colonizzazione e la sua 'esperienza', si connettono strettamente. La stessa partizione interna adottata ('Modelli e ideologie' e 'Figure dell'esperienza') serve a suggerire non già una distinzione rigida fra i saggi, ma solo una differenza tendenziale, a seconda che essi guardino con più attenzione ai dispositivi teorici e dottrinari oppure ai profili 'esperienziali' della colonizzazione. In realtà, tutti i saggi rispondono, con diversi approcci e strumenti, a una medesima domanda: quale sia il diritto (quali siano le norme, gli istituti, i saperi giuridici) cui la colonizzazione ricorre nel suo concreto svolgersi e, reciprocamente, quali siano le impronte che l'esperienza coloniale lascia su una cultura giuridica 'metropolitana' troppo sbrigativamente rappresentata come una monade priva di porte e di finestre.

2. Senza tener presente questa impegnativa domanda, la storia del 'diritto coloniale' rischierebbe di venir intesa, per un verso, come la rivisitazione di una delle tante discipline giuridiche coltivate fra Otto e Novecento, e, per un altro verso, come la ricostruzione di un diritto 'speciale', come in effetti il diritto coloniale veniva 'tecnicamente' definito dalla prevalente dottrina giuridica coeva. Esso in realtà, per un verso, era l'espressione della logica profonda della cultura dell'epoca, mentre, per un altro verso, si presentava (e si giustificava) come un'inevitabile 'anomalia', quasi l'espressione della necessità di far fronte all'impossibile compito di 'regolamentare l'eccezione'.

Di questa anomalia i saggi raccolti nel nostro volume offrono numerose testimonianze: dalla figura del governatore, caratterizzato da una concentrazione di poteri che non ha riscontro in alcuna istituzione 'metropolitana', alle caratteristiche dell'ordinamento giudiziario, costretto a fare i conti con situazioni ed emergenze difficili

da controllare ⁽⁵⁾, dal ruolo delle leggi speciali ⁽⁶⁾ al rapporto fra l'amministrazione centrale e la periferia ⁽⁷⁾, tutto contribuisce a mettere in risalto la radicale 'diversità' dell'esperienza coloniale e del suo diritto. È un'anomalia che i giuristi coevi non solo mettono a fuoco, non solo legittimano come il portato necessario di una situazione lontanissima dai parametri europei, ma in qualche modo anche raccomandano come l'espressione di una politica che non può sempre e comunque rinunciare alla propria vocazione decisionistica in nome di regole astratte e formali ⁽⁸⁾.

Lo Stato di diritto viene a subire un'inattesa 'storicizzazione': emerge in piena evidenza, nella luce 'obliqua' che il diritto coloniale proietta sul diritto metropolitano, un duplice condizionamento, spaziale e temporale, dello Stato di diritto; e quegli stessi giuristi che avevano contribuito a fondarne e a diffonderne la teoria senza sentire il bisogno di tematizzarne il legame genetico e funzionale con la civiltà europea, si affrettano ora a complicare il quadro e a introdurre uno sdoppiamento, insieme spaziale e temporale: lo Stato di diritto è l'espressione di una modernità che vige solo nello spazio europeo, mentre lo spazio extra-europeo è ancora immerso in una diversa, e arcaica, temporalità, per la quale semmai si attagliano, in termini analogici, le regole dello Stato patrimoniale.

La logica del dominio, che in Europa era stata faticosamente contenuta nelle maglie più o meno strette del diritto grazie al sofisticato contributo di molte generazioni di giuristi, negli spazi 'esterni' emerge (con la piena comprensione degli stessi giuristi) in tutta la sua purezza e radicalità; ed emerge quando è ancora fiorente la civiltà liberale ⁽⁹⁾, senza bisogno di aspettare le robuste spalle anti-garantistiche del fascismo (che comunque condurrà alle estreme conseguenze la pratica e la teoria del 'puro' dominio).

Non è peraltro un accidente che lo Stato di diritto, fuori d'Europa, ceda remissivo alle esigenze del potere, dal momento che l'epocale processo con il quale l'Europa ha preso contatto con

⁽⁵⁾ Si vedano i saggi di BERNARD DURAND e di MARTINE FABRE.

⁽⁶⁾ Si veda il saggio di PAZ ALONSO ROMERO.

⁽⁷⁾ Si veda il saggio di GIOVANNI FOCARDI.

⁽⁸⁾ Si veda il saggio di GIOVANNI CAZZETTA.

⁽⁹⁾ Valgano i riferimenti a Tocqueville e a Mill nei saggi di DIOGO RAMADA CURTO e di MARIO PICCININI.

l'altro da sé si è prevalentemente svolto nell'impietosa logica del dominio ⁽¹⁰⁾. Il che non ha nondimeno impedito che, pur entro un contesto contrassegnato da rapporti potestativi e asimmetrici, si siano anche sviluppati scambi e contaminazioni fra culture diverse e il diritto sia venuto a svolgere il ruolo, al contempo, di nervatura del dominio e di volano di un confronto ⁽¹¹⁾.

Il dominio che gli Stati europei hanno esercitato nei confronti delle società extra-europee è un elemento che non coinvolge solo i settori ad esso immediatamente deputati (la politica, il diritto), ma investe la società nella sua interezza e ne mobilita le energie intellettuali, trovando in esse le risorse per divenire discorso e teoria e quindi acquisire una legittimazione e un senso. Ed è per l'importanza che il momento 'discorsivo' assume nell'esperienza coloniale (e non solo a causa dell'angolo visuale privilegiato dai « Quaderni Fiorentini ») che tutti i saggi (pur nella diversità dei contesti analizzati e delle prospettive di indagine) mettono a fuoco gli schemi concettuali, i simboli, le argomentazioni di cui si sostanzia la rappresentazione *more iuridico* del fenomeno coloniale.

Domina la scena la coppia concettuale 'civiltà-civilizzazione'. Non siamo di fronte ad un'inedita invenzione tardo-ottocentesca, dal momento che l'antico nesso fra *civilitas* e *christianitas* aveva già presieduto a fasi precedenti dell'espansione europea. Certo è però che la missione civilizzatrice dell'Europa (ormai sganciata dal dovere dell'evangelizzazione degli infedeli) diviene il fulcro della rappresentazione e della legittimazione del colonialismo negli anni del Congresso di Berlino.

L'orizzonte in cui è immerso il tema della 'civiltà-civilizzazione' è una filosofia che vede nell'occidente l'esito più alto della storia universale, mentre relega le civiltà extra-europee nel limbo di un'arretratezza arcaica, di un 'tempo bloccato', di uno sviluppo incompiuto. Quali che siano i parametri culturali impiegati (si ricorra a una precisa antropologia 'razziale' oppure ci si limiti a un confronto storico-culturale fra 'civiltà'), la condizione di funzionamento del lemma 'civiltà-civilizzazione' è comunque l'instaurazione di una precisa gerarchia fra culture diverse e la conseguente attribuzione alla civiltà superiore,

⁽¹⁰⁾ Ne offre una rigorosa illustrazione il saggio di BARTOLOMÉ CLAVERO.

⁽¹¹⁾ Cfr. il contributo di RICARDO MARCELO FONSECA.

posta al vertice della scala evolutiva, del diritto-dovere di esercitare il dominio (mentre il dominio a sua volta viene trasformato e sublimato in un compito di educazione e di tutela (12)).

Un effetto immediato dell'ideologia della civilizzazione sono le due (alternative) strategie di colonizzazione (l' 'assimilazione' e l' 'autonomia'), la cui presentazione e discussione costituiscono un passaggio obbligato del sapere giuridico-coloniale (13); che si raccomandi una strategia 'assimilazionista' (in nome dell' *égalité* francese) o si punti sull' autonomia delle comunità locali (in omaggio alla tradizione inglese della *liberty*), l'obiettivo è in ogni caso quello di favorire il passaggio dalla barbarie alla civiltà (14).

In realtà, l'idea stessa di una 'colonizzazione civilizzatrice' include, se non una contraddizione, almeno una tensione interna, dal momento che l'obiettivo dell'educazione alla civiltà, se preso sul serio, condurrebbe all'esaurimento dell'esperimento coloniale, mentre un effettivo impegno 'assimilazionista' richiederebbe un dispendio enorme di mezzi e di energie. La fuoriuscita dall' *impasse* coincide con il differimento della civilizzazione a un lontano e nebbioso futuro e con la rinuncia a una rapida 'occidentalizzazione' delle società extra-europee. Viene adottata allora, in sostituzione, una strategia di riconoscimento e di valorizzazione delle differenze culturali, assunte come un diaframma insuperabile e al contempo apprezzate come uno strumento funzionale alla perpetuazione dell'assoggettamento (15).

Tocchiamo con mano, da un diverso punto di vista, l'intreccio tematico che sta al cuore dell'esperienza e della cultura coloniale: l'intreccio fra la percezione delle differenze e l'esercizio del dominio. Ancora una volta, è il filtro del dominio che trasforma le differenze in soggezione (16).

Il nesso funzionale che collega differenziazione e assoggetta-

(12) Cfr. il saggio di CLARA ÁLVAREZ ALONSO.

(13) Si tenga presente, in particolare, il saggio di ISABELLA ROSONI; il tema comune ricorre in numerosi contributi.

(14) Le trasformazioni e le applicazioni di questo principio vengono messe a fuoco nel saggio di LUIS RODRÍGUEZ-PINERO.

(15) Si vedano in proposito i saggi di BERNARD DURAND e di ISABELLA ROSONI.

(16) Offre una puntuale illustrazione di questo assunto il saggio di LUCIANO MARTONE.

mento emerge in piena luce non appena si prenda in considerazione un profilo decisivo dell'esperienza coloniale, messo a fuoco dalla maggior parte dei saggi: lo statuto antropologico e giuridico dei 'colonizzati'. È guardando all'identità socio-giuridica dei soggetti (17) che l'anomalia della situazione coloniale e il rapporto (insieme congiuntivo e disgiuntivo) della colonia con la metropoli acquistano un immediato e drammatico risalto. Quel processo che, nell'occidente europeo, può essere in qualche modo simbolizzato nella formula 'dal suddito al cittadino', si interrompe non appena volgiamo lo sguardo alla realtà coloniale, dove la sudditanza è la categoria generale concordemente impiegata per definire la condizione dei 'colonizzati'. La differenza qualitativa, il fossato incolmabile, che separa la metropoli dalla colonia, la civiltà dalla barbarie, il progresso dall'arretratezza, il moderno dall'arcaico, lo Stato di diritto dallo Stato di polizia, si conferma e si rafforza nella contrapposizione radicale fra cittadino e suddito.

La parola d'ordine è la differenziazione dei soggetti, perché la differenziazione è funzionale a un efficace esercizio del dominio. E non esiste soltanto la distinzione 'maggiore' fra sudditi e cittadini, dal momento che differenziazioni ulteriori intervengono all'interno dello stesso mondo colonizzato (18), per non parlare dell'antico e drammaticamente persistente problema della schiavitù (19).

Figura del dominio, la differenziazione dei soggetti è inseparabile dalla loro gerarchizzazione (20), secondo un paradigma che, pur dando luogo a figure diverse, resiste al fondo dell'esperienza coloniale in tutto l'arco del suo sviluppo. Ciò non impedisce però l'esistenza di importanti soglie di discontinuità al suo interno: fra queste, una di indubbio rilievo è introdotta dal fascismo, come viene messo in luce da vari saggi. Cambiano innanzitutto le coordinate antropologiche impiegate per rappresentare gli individui 'assoggettati': la razza diviene un parametro decisivo tanto nel governo delle colonie quanto nella messa a punto dell'apparato

(17) Al problema del soggetto nella colonizzazione è dedicato tematicamente il saggio di LUIGI NUZZO.

(18) Cfr. il saggio di ALICIA CAMPOS SERRANO.

(19) Cfr. i saggi di LUIS RODRÍGUEZ-PINERO e di GUNVOR SIMONSEN.

(20) Cfr. il saggio di FLORENCE RENUCCI.

ideologico del regime ⁽²¹⁾. Muta in secondo luogo la visione della sovranità, che, per un verso, si sbarazza dell'ottocentesca foglia di fico della civilizzazione per proporsi come 'nudo' dominio, mentre, per un altro verso, alimenta il mito dell'impero e sfocia in una geopolitica incentrata sul tema del 'grande spazio' ⁽²²⁾. E l'effetto congiunto dell'ideologia razziale e della logica del 'puro' dominio è la costruzione dell' 'eccezione' coloniale come di uno 'spazio di esclusione' ⁽²³⁾, dove la differenziazione dei soggetti viene esasperata ed iscritta nelle cose stesse, nella capillare organizzazione della società, nelle forme di vita della popolazione colonizzata.

Ancora una volta, è nello specchio della realtà coloniale che si riflette (volta a volta drammatizzata o deformata) la logica profonda del regime 'metropolitano'. Possiamo quindi, conclusivamente, confermare che un'acquisizione interessante dovuta ai saggi nel loro complesso è proprio l'illustrazione del nesso decisivo che collega il 'dentro' al 'fuori', l'Europa al mondo. È a questo nesso e alla sua intrinseca problematicità che è organicamente dedicato il saggio — di Bartolomé Clavero — che conclude il 'Quaderno'. È in questione la possibilità di ricostruire la storia d'Europa evitando l'angusto eurocentrismo nel quale troppo spesso (in un passato più o meno recente) la storiografia è incorsa, ma al contempo prendendo onestamente atto della nostra 'localizzazione', del nostro radicamento proprio in quell'Europa con la quale tuttavia tentiamo di non identificarci acriticamente ⁽²⁴⁾.

Si tratta di una difficile scommessa ⁽²⁵⁾, dalla quale tuttavia

⁽²¹⁾ Cfr. il saggio di GIANLUCA GABRIELLI.

⁽²²⁾ Alla visione imperiale del fascismo dedica qualche pagina il mio saggio, mentre il contributo di FILIPPO RUSCHI mette a fuoco, dall'interno della riflessione di Schmitt, il concetto di *Grossraum*.

⁽²³⁾ Efficacemente tematizzato nel saggio di ALESSANDRO TRIULZI.

⁽²⁴⁾ È questa la prospettiva nella quale si situa, a mio avviso, il documento programmatico del *Department of History and Civilisation* dell'Istituto Universitario Europeo. Mi permetto quindi di dissentire, su questo punto, dalla diversa lettura che ne offre BARTOLOMÉ CLAVERO.

⁽²⁵⁾ Un'altra scommessa, diversa e altrettanto avvincente, è narrare la storia della colonizzazione dal punto di vista dei colonizzati; una scommessa sulla quale richiamano l'attenzione tanto Nuzzo quanto Clavero collegandosi ai *post-colonial studies*. Un contributo alla comprensione del punto di vista dei 'colonizzati' è offerto dal saggio di GUNVOR SIMONSEN.

dipende la possibilità di una comprensione più rigorosa e profonda di una vicenda che non riguarda soltanto il passato ma investe direttamente il nostro presente ed esige l'attenzione non soltanto dello storico 'generale' ma anche dello storico del diritto e del giurista. Sarebbe davvero singolare che, nel momento in cui i giuristi rivolgono una crescente attenzione alla 'globalizzazione', gli storici del diritto venissero meno al loro compito 'istituzionale' e omettessero di dilatare l'orizzonte della temporalità chiedendosi se per ipotesi il presente (e il futuro) 'globalizzato' non mostri qualche complicato rapporto con un passato segnato dalle strategie di dominio e dall'ideologia 'civilizzatrice' dell'Occidente (*).

Un vivo ringraziamento, infine, a due amici e colleghi che hanno dato un importante contributo all'ideazione di questo 'Quaderno': a Nicola Labanca e a Luciano Martone.

(*) Il "Quaderno" era già in bozze quando è giunta la notizia della prematura scomparsa di Mario Da Passano. È quindi possibile soltanto, in questo momento, esprimere il profondo cordoglio della Redazione dei «Quaderni Fiorentini», riservando al volume destinato ad uscire nel 2006 un meditato ricordo della sua personalità.

Modelli e ideologie

DIOGO RAMADA CURTO

NOTES ON THE HISTORY OF EUROPEAN
COLONIAL LAW AND LEGAL INSTITUTIONS (*)

1. In search for order. — 2. From diplomatic treaties to the language of virtues. — 3. Violence and the colonial project. — 4. Comparative notes.

A generalized criticism raised against histories of European colonial law and institutions denounced its « narrow » and « positivist approach to colonialism » (1). At least four different strategies of research building on this criticism have been launched in order to look for a more complex understanding of the meaning of law and the role of legal institutions in different colonial settings. One of them stresses the legal pluralism that existed in any colonial society and the competition that would naturally derive from conflicting jurisdictions. Another is oriented towards the reconstruction of social interests — *intereses creados* — that precede and determine the uses of law and state institutions. Inspired by the ethnography of law and legal anthropology, a third strategy points out the role of local and complex forms of justice as opposed to the colonial state. A last strategy pays particular attention to the many social interactions present in a colonial situation, emphasizes local voices in their capacity of negotiation and resistance, and reveals how colonial states were precarious and instable. This simple inventory of different research orientations is not intended to be exhaustive: its goal merely is to show how approaches once con-

(*) This article was thoroughly revised by Urmila Dé. Alexis Rappas, Gunvor Simonsen, and Daviken Studnicki-Gizbert provided useful information and criticism.

(1) R. GUHA, *Introduction*, in B. S. COHN, *An Anthropologist among the Historians and Other Essays*, Delhi, Oxford University Press, 1987, p. XXIII.

sidered too narrow have now been challenged by allegedly more complex explanations (2).

However, claims about complexity and multiplicity tend to over-simplify what is also convenient to present simultaneously as narrow and traditional. Therefore, the rhetorical effect of contrasting what is simple with what is supposed to be complex should be questioned not in abstract but in very concrete terms. In the case of the history of colonial law and institutions, one can start by interrogating just how traditional has been this form of historiography? For instance, one of the most important studies of colonial institutions published in the 1930s claimed a pioneer status for itself, which in effect implies that for the author at least, a contemporary analysis of a colonial institution could not be affiliated into an already established tradition (3). By the same token, one can express doubts about the fact that new and more complex orientations of research tend to choose external angles regarding the role of law and institutions (4). On the contrary, the analytical argument here pursued intends to reconsider some of the most traditional primary sources of colonial law and institutions, and instead of taking an external point of view suggests an internal approach of how the colonial state was organized. Three different case studies, based on imperial and colonial projects that dedicated

(2) P. BOHANNAN, *Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, Garden City, New York, The American Museum of Natural History, 1967; M. B. HOOKER, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*. Oxford, Clarendon Press, 1975; W. J. Mommsen and J. A. de Moor (eds.), *European Expansion and Law. The Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th-Century Africa and Asia* Oxford, New York, Berg, 1992; Ch. L. Tomlins and B. H. Mann (eds.), *The Many Legalities of Early America*, Chapel Hill, London, University of North Carolina Press, 2001; L. BENTON, *Law and Colonial Cultures. Legal Regimes in World History, 1400-1900*, New York, Cambridge University Press, 2002.

(3) E. SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias. Historia y organización del Consejo y de la Casa de Contratación de las Indias*, 2 vols., Salamanca, Junta de Castilla y León, Marcial Pons Historia, 2003 (1st ed. 1935-1947).

(4) Colonial legal history in North America has been recognized as a field of study only after the 1960s. See S. N. KATZ, *The Problem of Colonial Legal History*, in J. P. Green and J. R. Pole (eds.), *Colonial British America: Essays in the New History of the Early Modern Era*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1984, pp. 464-466; ID., *Explaining the Law in Early American History*, « William and Mary Quarterly », 3rd ser., vol. 50, no. 1 — *Law and Society in Early America*, 1993, 1, pp. 3-6.

particular attention to the role of law and the function of institutions as instruments of the colonial state, provide evidence of a serious revision.

The works of the seventeenth-century jurists Juan de Solórzano Pereira and Antonio de León Piñelo will introduce the Spanish American Empire not necessarily as a centralized structure of command based on a clear set of laws, but in all its institutional and legal lack of clarity. Complexity, one can argue, is then revealed by agents working at the core of the system. In the same line, the report of a viceroy of Goa written at the mid-eighteenth century provides a systematic picture of the institutions and laws of the Portuguese *Estado da Índia*, but at the same time shows their basic fragility. In this case, the protocols of diplomacy, the language of virtues, and the acknowledgment of different forms of resistance developed by the subalterns were uppermost in the official mind of the viceroy. A third and last case is built out of Alexis de Toqueville's reports from his trips to Algeria in the 1840s. Here one can find how a clear defence of the use of violence in a colonial situation coexists with a systematic effort to establish the rule of colonial law. Through these three cases it will be possible to suggest some comparative trends to illustrate how worked the colonial state. However, the scope of the following exercises addressing questions of colonial law and legal institutions in Latin America during the seventeenth century, India in the eighteenth century, and North Africa in the nineteenth century, do not necessarily authorize too many generalizations. By the same token, the exclusion of the Dutch, English or British cases reduces the opportunity to conceive a fuller picture of the processes involved in what has been traditionally called the history of European expansion.

1. *In search for order*

The two great jurists of the Spanish Empire in the seventeenth century are Juan de Solórzano Pereira (1575-1655) and Antonio de León Piñelo (1590 or 1591-1660). They are known not only as organizers of colonial law, but also because of their experience in the frame of colonial institutions, refracted through their various activities as writers and public intellectuals. Solórzano received his

degrees of licenciado and doctor in Law in Salamanca, where he soon started to teach. In 1609 he was nominated judge (*oidor*) in the court (*audiencia*) of Lima, where he served until 1627. While in Lima, he had already finished in 1622 a first draft of a compilation of colonial laws. His return to Spain is directly associated with his promotion to different metropolitan councils in Madrid, first as inspector (*fiscal*) of the Council of Finances (1628) and of the Council of the Indies (1628-1629), then as full member of this last body (1629-1633), and finally as inspector of the prestigious Council of Castile until his retirement in 1646. His books, *Diputationem de Indiarum iure sive De Iusta Indiarum Occidentalium Inquisitione, Acquisitione et Retentione, tribus libris comprehensa* followed ten years after by the *Tomum alter de Indiarum iure sive De Iusta Indiarum Occidentalium Gubernatione, quinque libris comprehensum* (Madrid: Francisco Martínez, 1629, and 1639) correspond clearly to Solórzano's move to the centres of decision close to the king and his minister, the Count-Duke of Olivares. An adaptation to Castilian, implying much more than a mere translation of his earlier work, was published after his retirement under the title of *Politica Indiana* (Madrid: Diego Díaz de la Carrera, 1647), and one year before his death he also published a fine and voluminous book of emblems under the title *Emblemata centum regio politica* (Madrid, 1653) (5).

(5) F.J. DE AYALA, *Ideas políticas de Juan de Solórzano*, Seville, Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, 1946; R. AGUIRRE MOLINA, *Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Piñelo*, Buenos Aires, Contí, 1947; J. MALAGÓN BARCELÓ, J.M. OTS CAPDEQUÍ, *Solórzano y la Política Indiana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965; J. PÉREZ DE TUDELA, *La « Política Indiana » y el político Solórzano*, off print from « Revista de Indias », 123-124 (Madrid, 1971); M. GÓNGORA, *Studies in the Colonial History of Spanish America*, translated by R. Southern, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, pp. 62-65, 77-81; D. BRADING, *The First America. The Spanish Monarchy, Creole Patriots and the Liberal State 1492-1867*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 215-225; J. MULDOON, *The Americas in the Spanish World Order: The Justification for Conquest in the Seventeenth Century*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994; F. TOMÁS Y VALIENTE, "Introducción", in J. DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, vol. I, Madrid, Fundación José Antonio de Castro, 1996, pp. XXIII-XLVI; J. DE SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum iure*, ed. Carlos Baciero, I-III, 4 vols., Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1994-2001; J. M.

Announced to the king in 1618, Solórzano's early project of compiling colonial laws is divided in six books. The first concerns the titles and the rights of Spain over the Indies, their discovery and population, as far as ecclesiastic matters. Book II included the Council of the Indies, viceroys, and local courts (*audiencias*). Book III was about governors, justice, the *Casa de la Contratación* in Seville, magistrates, and penal law. Book IV concerned relations between Spanish settlers and the Indians. The following book included matters of navigation and the status of foreigners; the last book was about royal finances. A simple comparison of this classification of legal matters to the organization of his more doctrinaire treaty published a quarter of a century after reveals the following changes: book I is now about Spain's 'right' titles to the Indies, revealing how important it was for the author to justify what may be called the civilizing mission of the colonizers, integrating the Indians by conversion and promoting them to what was considered true political life; book II discusses the status of the Indians, their liberty, protection, forced labour, and also considered half-breed groups, and African slaves; book III describes the intricacies of the *encomienda*, which is compared to a feud; book IV deals with ecclesiastic matters as being under the jurisdiction of royal patronage (*patronato real*); book V respects the secular government, considering local courts (*audiencias*), the Council of the Indies, and government of the viceroys, and the author's views on the venality of offices; the last book is about royal finances ⁽⁶⁾.

León Piñelo was born probably in Valladolid (or maybe in Lisbon), of a Portuguese father whose Jewish origins were several times scrutinised by the Inquisition. He moved to Río de la Plata at the end of 1604, or beginning of 1605. In 1612, after he had lived

GONZÁLEZ DE ZÁRATE *et. al.*, *Emblemas regio-políticos de Juan de Solórzano*, Madrid: Tuero, 1987.

⁽⁶⁾ J. DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Libro primero de la Recopilación de las Cédulas, Cartas, Provisiones y Ordenanzas reales*, eds. R. Levene and S. A. Radaelli, 2 vols., Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1945; Id., *Política Indiana*, 3 vols. cit.; A. GARCÍA GALLO, *La Nueva Recopilación de las Leyes de las Indias de Solórzano Pereira*, « Anuario de Historia del Derecho Español », XXI-XXII. 1951-1952, p. 598.

several years in Buenos Aires and Córdoba, he was sent to Lima where he studied Theology, Canon Law and Civil Law. He was temporarily nominated to a Chair at the University of Lima, but in 1618 he started a legal practice. In the same year he published his first book in Lima: a poem dedicated to a public festival in honour of Our Lady, and the year after was nominated to provide juridical assistance to the corregidor of Potosí. His departure to Madrid has been explained as a result of his need to develop the project of compiling colonial laws, launched in 1618 during his conversations with Solórzano Pereira, who was already involved in a parallel task. It also appears his father's commercial activities, including trade in slaves and contraband, required assistance in Madrid. At the moment of departure, the city of Buenos Aires delegated to him the responsibility of representation her interests at the Spanish court (7). Once in Madrid, from 1623 onwards, Piñelo published a series of small memorials directly related with his activities as a lawyer, containing the defence of family, and group interests well located in Buenos Aires (8). In the course of these negotiations, he dealt several times with the Council of the Indies. In 1625, his work about *El Gran Canciller de Indias* — written when the Count-Duke Olivares delegated the same post to his son-in-law, the Duke Medina de las Torres, to whom the manuscript is dedicated — demonstrates how involved León Piñelo was with the Council of the Indies in Madrid. His first nomination as a reporter of the Council of the Indies — with a special obligation of making the compilation of laws of the Indies — is dated February 1629, one year after the appointment of Juan de Solórzano as fiscal of the same institution. In 1636, the property of the post was given to him, not by chance during Solórzano's tenure as councillor of the Indies (9). Solórzano and León Piñelo had initiated their projects of

(7) B. LEWIN, *Los León Piñelo; la ilustre familia marrana del siglo XVII ligada a la historia de la Argentina, Perú, América y España*, Buenos Aires, Sociedad Hebraica Argentina, 1942.

(8) R. AGUIRRE MOLINA, *La defensa del comercio del Río de la Plata por el Licenciado D. Antonio de León Piñelo*, «Historia. Revista trimestral de historia Argentina, Americana, Española», 26, 1962, pp. 37-112.

(9) It is still unclear what kind of relations Solórzano maintained with León Piñelo, and in what sense they were involved in intellectual collaboration or competition

compilation of colonial law in Lima, but it was within the bureaucratic context of the activities of the Council of the Indies in Madrid that they pursued their research. The same spirit of accumulation of archival documents related to juridical matters was also used by León Piñelo in bibliographical matters concerning the Indies: in fact, his *Epitome de la Biblioteca Oriental i Occidental, Nautica i Geografica* (Madrid: Juan Gonzalez, 1629) is an excellent demonstration of his activities as a collector and bibliographer, dedicated to the New World⁽¹⁰⁾. It is also important to notice that Piñelo's applications to serve as historian of the Indies, another position of the Council of the Indies, are known since 1625, but he had to wait until 1658 to get this prestigious title⁽¹¹⁾. In 1654, he was also nominated judge of the *Casa de la Contratación* with the privilege to reside in Madrid in order to pursue his compilation of colonial laws.

In 1624, León Piñelo received his first nomination as assistant of the magistrate in charge of compiling Indian laws, but already at the end of the previous year he had published the *Discurso sobre la importancia, forma, y disposición de Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales*. For the first time, there is in this text an explicit explanation of the method that would be used to organize such a compilation. The implementation of this plan, passing through many changes, would however remain unfinished. In print form this happened to some extent with the *Recopilación de Leyes de Indias*, published after León Piñelo's death, benefiting from his earlier

concerning their rival projects of compiling colonial law. The same uncertainty applies to Solorzáno's protection of Piñelo's interests, and their pursuits outside the Council of the Indies. Piñelo's refers grudgingly to the progress of Solorzáno's project in his *El Gran Canciller de las Indias*, ed. G. Lohmann Villena, Seville, Escuela Superior de Estudios Hispano-Americanos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1953, pp. 103-104. From another perspective, it is possible to see that in 1631 Solorzáno was clearly set against the commercial interests of Diogo da Veiga, an old partner of León Piñelo's father, Diogo Lopes de Lisboa, considered one of those Portuguese of Buenos Aires who did not respect the orders of Castilian ministers, see Archivo General de Indias (Seville), *Indiferente*, 757, June 14th, 1631.

⁽¹⁰⁾ A. MILLARES CARLÓ, *El Epitome de Piñelo: primera bibliografía del Nuevo Mundo*, Washington, Unión Panamericana, 1958.

⁽¹¹⁾ SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias. Historia y organización del Consejo y de la Casa de Contratación de las Indias*, vol. II, cit., pp. 359, 362-364.

work but not necessarily considered the product of his authorship. For the moment it is important to keep in mind the classification scheme suggested by the *Discurso*. Book I, Piñelo suggested, would be dedicated to religious and ecclesiastic matters, dealing with the priests not necessarily as heads of the Church, but as nominated by the royal patronage (*patronazgo Real*), questions of assistance, hospitals, sources of income, colleges and education, ecclesiastic judges, special inspectors (*visitadores*), and ecclesiastic courts including the Inquisition. Book II would be about the magistrates who were either associated with a hierarchy of institutions, like the Council of the Indies, the Chancellery of the Indies, the *Casa de la Contratación* in Seville, and local courts (*audiencias*); or were isolated like the viceroy, considered superior, in relation to governors, *corregidores*, or *alcaldes*; or even accomplishing a function of delegation as *visitador* or *juez de residencia*. Book III would be about the *Casa de la Contratación* in Seville, the jurisdiction of the viceroys of New Spain and Peru, other authorities such as governors, judges (*corregidores*) and special inspectors or delegated judges (*visitadores*). Book IV would deal with royal jurisdiction in the Indies, royal diplomas and penal law. Book V referred to private law, in particular to wills, contracts and the status of foreigners. Book VI was to be about the Crown's right to the Indies, the government of the Indians and use of their labour, particularly in mines. Book VII concerned the municipal government (local government, local officials, military duties), navigation and naval fleets. Book VIII would discuss war and blasphemies. The last book would be devoted mostly to fiscal matters ⁽¹²⁾.

In respect to the government of the Indians in book VI, León Piñelo, after quoting favourably among others the orders of D. Francisco de Toledo, viceroy of Peru, dated from 1576, insisted on two things: the conquest did not mean the enslavement of the Indians; on the contrary it meant their assimilation as vassals of the

⁽¹²⁾ A. DE LEÓN PIÑELO, *Discurso sobre la importancia, forma, y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales...* 1623, ed. J. Toribio Medina, Santiago de Chile, Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, 1956, pp. 161-175. J. MANZANO MANZANO, *Historia de las Recopilaciones de las Indias*, vol. II, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1956, pp. 65-83.

Crown. As part of the same consideration, vassalage was important to regulate what could be considered forms of indirect rule based on the rights of local chiefs (*caciques*)⁽¹³⁾. Overlapping this conception of government of the Indians was another, closer perhaps to what could be considered a form of direct rule: the Crown since the moment of conquest had distributed the Indian vassals among the conquerors and settlers, simultaneously as gift rewarding their services, and as a way of giving them the opportunity of collecting taxes from the Indians. These donations constituted a system of *repartimientos* and *encomiendas*; in the beginning ascribed to the *encomendero* for three or four generations, in the age of León Piñelo to no longer than two. In order to facilitate taxation, it was necessary to defend the property rights of the Indians, as communities and as individuals. Therefore, particular attention is dedicated to the role and privileges of the judge of the census who controlled the basis of taxation of the Indian communities. Another element — inside a framework combining forms of indirect political rule (defending the role of local chiefs) with direct rule (for the collection of taxes) — was the prohibition of the *encomendero* of assisting directly the communities of his *encomienda*. Piñelo also refers to royal legislation which regulated both the protection and the forms of personal service to which the Indians were committed, particularly in the case of labour in mines. The system as a whole — starting with the idea of the Indians as vassals of the crown, defending their own forms of government, their property, and simultaneously their place in a feudal hierarchy, as tax payers and personal servants — was justified by their conversion to Catholicism, and seemingly to a more elevated way

(13) Francisco de Toledo's use of fragments of the Inca governmental organization was noticed for example by Ph. AINSWORTH MEANS, *Indian Legislation in Peru*, «The Hispanic American Historical Review», 3, 1920, 4, pp. 509-534, *maxime* p. 514. For the position of the native *caciques* in Toledo's political system, J. H. PARRY, *The Spanish Theory of Empire in the Sixteenth Century*, New York, Octagon Books, 1974, (1st ed., 1940), pp. 66-69. More recently, it has been stressed that Toledo tried to demonstrate the Inca empire was a recent creation, characterized by the despotism of their government; therefore, the liberation of the Indians from Inca tyranny implied a return and appropriation of a pre-Inca past, BRADING, *The First America*, cit., pp. 142-143.

of life ⁽¹⁴⁾. The argument that through royal protection and royal conversion the Indians could reach a new stage of development provided the same legitimacy for Spanish conquest that José de Acosta, S.J., developed in his classification of all barbarians in ascending levels of civilisation. The use of this type of argument would eventually undermine the image of cruelty and violence of Spanish conquest diffused in Europe by the translation and publication of Las Casas' *Brevísima relación* ⁽¹⁵⁾. In any case, these general goals were mostly dependent upon the personal intervention of the viceroys, a colonial reality which León Piñelo recognized in his work ⁽¹⁶⁾.

The publication of the *Discurso* in 1623 had a bearing upon the official nomination of León Piñelo as assistant of the councillor, Rodrigo de Aguiar y Acuña, charged by the Council of the Indies of organizing all colonial legislation ⁽¹⁷⁾. Under Aguiar y Acuña's name appeared the *Sumarios de la Recopilación de las Leyes de Indias* (Madrid, 1628), a work that can be also attributed to Piñelo. The two first books were about the same matters (the first on ecclesiastic matters; the second on the Council of the Indies and

⁽¹⁴⁾ The ambiguity created by the recognition of the Indians as vassals of the crown, and simultaneously by the acceptance — at least theoretically — of their own customary laws and forms of government was recognised early on as a feature of the Spanish colonial state, see Colin M. MACLACHLAN, *Spain's Empire in the New World: The Role of Ideas in Institutional and Social Change*, Berkeley, University of California Press, 1988, pp. 28-29.

⁽¹⁵⁾ J. DE ACOSTA, S.J., *De Procuranda Indorum Salute*, ed. L. Pereña, 2 vols., Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984-1987; Góngora, *Studies in the Colonial History of Spanish America*, cit., p. 62. A. PAGDEN, *The Fall of Natural Man: the American Indian and the origins of comparative ethnology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; BRADING, *The First America*, cit., p. 214-215.

⁽¹⁶⁾ A. DE LEÓN PIÑELO, *Discurso sobre la importancia, forma, y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales... 1623*, cit., p. 170: « porque lo primero que se procuró introducir en los indios, despues de la Fe, fué la policía y comunicación humana ».

⁽¹⁷⁾ *Ivi*, p. 147. Aguiar y Acuña's son was also nominated first chancellor of the Indies, just above the post of great chancellor, by Olivares, in 1623 see *El Gran Canciller de las Indias*, ed. Guillermo Lohmann Villena, cit., pp. 114-115. This single fact suggests that León Piñelo was not only connected to the Council of the Indies, but also to the central system of patronage that culminated with Olivares and his network of influence within the councils and *juntas* in Madrid.

audiencias) discussed by Piñelo; book III on the *Casa de la Contratación* also included laws about fleets and navigation; book IV now included legislation concerning viceroys, judges, and also private law; book V was concerned with the government of the Indians; book VI was dedicated to municipal government; book VII to war and penal law; and the last book to finances and fiscal matters ⁽¹⁸⁾.

In October 1635, León Piñelo submitted to the Council of the Indies the manuscript of the *Recopilación de las Indias*, corresponding to the compromise assumed one year before ⁽¹⁹⁾. Book I kept the same structure regarding ecclesiastic matters. Book II is now about the *Casa de la Contratación*, although in the only known manuscript the part referring to the Council of the Indies is missing. Book III is about navigation and fleets. Book IV is dedicated to viceroys, government and territorial war. Book V to the local courts (*audiencias* were treated in second place in 1623 and 1628). Book VI is about ordinary judges. Book VII concerns the Indians; book VIII municipal government. And the last book is again about financial and fiscal matters. In 1640, the privilege granted for the publication of this manuscript followed the same order. However, books VII and VIII are inverted ⁽²⁰⁾. The incessant work of organizing and re-classifying the different sections continued to a point where a new version of Piñelo's compilation published in the 1650s now contained not 9 but 12 books ⁽²¹⁾. Piñelo's final

⁽¹⁸⁾ R. DE AGUIAR Y ACUÑA, *Sumarios de la Recopilación General de Leyes de las Indias Occidentales*, introduction by I. Sánchez Bella, México, Universidad Nacional Autónoma, 1994. On the discussion about León Piñelo as the author of this work see GARCÍA GALLO, *La Nueva Recopilación de las Leyes de las Indias de Solorzano Pereira*, cit., p. 579.

⁽¹⁹⁾ A. DE LEÓN PIÑELO, *Recopilación de las Indias*, ed. I. Sánchez Bella, 3 vols., México, Miguel Ángel Porrúa, 1992.

⁽²⁰⁾ G. LOHMANN VILLENNA, *Estudio preliminar*, in A. DE LEÓN PIÑELO, *El Gran Canciller de las Indias*, cit., p. LX.

⁽²¹⁾ A. DE LEÓN PIÑELO, *Aparato político de las Indias Occidentales, deducido y formado de su Derecho Real y decisiones de su Real y Supremo Consejo, en leyes, ordenanzas, provisiones, cédulas, cartas acordadas, instrucciones, decretos, consultas y despachos generales y particulares de su gobierno* (Madrid, 1653), in ID., *Discurso sobre la importancia, forma, y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales... 1623*, cit., p. 104.

nominations, mentioned earlier, to the position of judge of the *Casa de la Contratación* with residence in Madrid in order to publish the final version of his compilation, and as official historian of the Indies (two years before his death in 1658) should be seen as rewards of an unfinished life project dedicated to the definition of colonial law ⁽²²⁾.

The comparison between the manuscript *Recopilación* (of 1635) and the print *Recopilación* (Madrid: Julian de Paredes, 1681) reveals that book I continues to be dedicated to ecclesiastic matters; books II and III became book IX; book IV moves to III; book V corresponds to II; book VI to V; the content of book VII is divided into books IV and VI; book VIII is transferred to book IV; book IX is now book VIII; and part of books IV and VI is integrated in book VII. The work printed in 1681 reproduces only in part the titles of León Piñelo. However, it has been suggested that the *Recopilación* of 1635 by León Piñelo, along with the *Nueva Recopilación de Indias* by Solórzano, were the main sources of inspiration of Fernando Jiménez Paniagua's printed *Recopilación* of 1681 ⁽²³⁾.

The several changes introduced by León Piñelo in his compilation demonstrate that for him, a jurist at the centre of metropolitan and colonial institutions, the taxonomy of what could be defined as Spanish colonial law was an unstable and problematic concept. As it happened in many other fields of imperial thought and action, the work of colonial law was more an on-going project, a kind of permanent quest for the establishment of a juridical order, and not so much the result of a fixed set of laws or hierarchy. This

⁽²²⁾ *Memorial de los libros, Tratados, y otras Obras, que ha impresso, y tiene escritos el Licenciado Antonio de Leon Piñelo, Relator del Consejo Real de las Indias, con la aprouacion, que del, y dellos hazen algunos Autores*, in A. DE LEÓN PIÑELO, *Discurso sobre la importancia, forma, y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales...* 1623, cit., pp. 72-78.

⁽²³⁾ *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias*, ed. F. de Icaza Dufour, 5 vols., México, Porrúa, Escuela Libre de Derecho, 1987; SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, cit., vol. I, pp. 305-306; GARCÍA GALLO, *La Nueva Recopilación*, cit., pp. 603-604; SÁNCHEZ BELLA, *Estudio preliminar*, cit., pp. 58-61. It was not by chance that Jiménez Paniagua was a beneficiary of the will of León Piñelo, see G. LOHMANN VILLENNA, *Estudio preliminar*, in de A. LEÓN PIÑELO, *El Gran Canciller de las Indias*, cit., p. CLI.

analytical argument makes it difficult to accept the work of those historians who propose that colonial law and imperial institutions can best be understood as an exercise of imposing order — as an operation which does not take in consideration the work of the jurists involved in the same clarification. Even the reference to the conflicts between jurisdictions, inside a frame characterized by the existence of multiple and competing spheres of laws and institutions — a theme of research well developed about Spanish America at least since the 1950s — cannot be considered only as a historiographic construction (24). On the contrary, through his constant efforts to define the main jurisdictions of the government of the Indies, Piñelo — whose method was clearly dependent on the *ius commune* — revealed his awareness of the overlapping domains of colonial law and institutions that formed the colonial state.

León Piñelo's life-long project can be considered as a clear form of minded imperialism, one that was entertained in a limited circle of individuals, first in Lima in the company of his brother

(24) There is a rich historiographic debate about the conflict of jurisdictions, the role of state institutions in their capacity to enforce law, the main features of bureaucracy, and the existence of local interests in Spanish America: GÓNGORA, *Studies in the Colonial History of Spanish America*, cit., pp. 74, 90-91, 125-126; R. MORSE, *Toward a Theory of Spanish American Government*, « Journal of the History of Ideas », 15, 1954, pp. 71-93; Id., *The Heritage of Latin America*, in L. Hartz (ed.), *The Founding of New Societies*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1964, pp. 123-177 [reprinted in H. J. Wiarda (ed.), *Politics and Social Change in Latin America. The Distinct Tradition*, Amherst, Mass., The University of Massachusetts Press, 1982, pp. 29-73, maxime p. 43]; J. LEDDY PHELAN, *Authority and Flexibility in the Spanish Imperial Bureaucracy*, « Administrative Science Quarterly », 5, 1960, pp. 47-65; Id., *The Kingdom of Quito in the Seventeenth Century. Bureaucratic politics in the Spanish Empire*, Madison, University of Wisconsin Press, 1967; L. S. HOBERMAN, *Hispanic American Political Theory as a Distinct Tradition*, « Journal of the History of Ideas », 41, 1980, pp. 199-218; S. B. SCHWARTZ, *Magistracy and Society in Colonial Brazil, 1580-1640*, « Hispanic American Historical Review. », 50, 1970, pp. 715-730; Id., *Sovereignty and Society in Colonial Brazil. The High Court of Bahia and its Judges 1609-1751*, Berkeley, Berkeley University Press, 1973; R. C. NEWTON, *On 'Functional Groups', 'Fragmentation', and 'Pluralism' in Spanish American Political Society*, « The Hispanic American Historical Review », 50, 1970, pp. 1-29; M. MACLACHLAN, *Spain's Empire in the New World*, cit., pp. 39-40, 65; T. HERZOG, *La Administración como un Fenómeno Social: La Justicia Penal de la Ciudad de Quito (1650-1750)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 46-48, 101-158, 312-313.

Diego, and then in Madrid where Aguiar y Acuña and Solórzano Pereira stood as his most important interlocutors in the Council of the Indies. More difficult however, is to attribute the same form of rational awareness and search for juridical order — full minded imperialism — to the centres of political and administrative decision, not to speak about the more absent-minded circles of public opinion where the defence of group interests always came first ⁽²⁵⁾. In fact, Antonio de León Piñelo constantly reflects on (i) his models regarding the compilation of laws, (ii) previous efforts to elaborate a concrete system of colonial laws, (iii) and the difficulties that he was facing in his work in integrating questions of archival research, the editing of law texts, the work of distributing them by titles according to a systematic order of classification, and the presentation of the historical and institutional context of colonial law. His first model came out of compilations of Roman law, where Justinian occupied centre-stage ⁽²⁶⁾. St. Isidore and Gracian provided the model of Canon law ⁽²⁷⁾. The Royal law of Castille followed the tradition of *Fuero Juzgo*, summarizing Gothic laws; then the important *Siete Partidas*, launched by Fernando III but terminated only by Alonso X, and finally the compilations made under the Catholic Kings, until the *Recopilación* ordered by Philip II in 1569 ⁽²⁸⁾. In all these cases, it is possible to perceive a permanent work of rewriting.

Piñelo is also aware that efforts to organize a complete system

⁽²⁵⁾ One example of those *memoriales*, *pareceres*, *advertencias*, can be seen in E. DE LA TORRE VILLAR, *Los Pareceres de Don Juan Padilla y Diego de León Piñelo acerca de la enseñanza y buen tratamiento de los indios*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

⁽²⁶⁾ A. DE LEÓN PIÑELO, *Discurso sobre la importancia, forma, y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales...* 1623, cit., pp. 140-142.

⁽²⁷⁾ *Ivi*, p. 142.

⁽²⁸⁾ *Ivi*, pp. 142-143. For other essays of León Piñelo to reflect upon his sources of Canonical, Royal and Colonial law, with particular reference to the last one, see his *El Gran Canciller de las Indias*, cit., pp. 101-106, and his *Aparato político de las Indias Occidentales, deducido y formado de su Derecho Real y decisiones de su Real y Supremo Consejo, en leyes, ordenanzas, provisiones, cédulas, cartas acordadas, instrucciones, decretos, consultas y despachos generales y particulares de su gobierno* (Madrid, 1653), in A. DE LEÓN PIÑELO, *Discurso sobre la importancia, forma, y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales...* 1623, cit., pp. 93-103.

of colonial laws have always struggled with the quantity, dispersion, and lack of order that characterized the situation of laws: « es tanta la confusión como la multitud » (29). He also pointed to the lack of publicity of this form of writing in print form and to different problems involved in the process of publishing. For Piñelo, the several pitfalls of such an attempt could be deduced from an examination of the first attempt to collect Spanish colonial law, by Diego de Encinas in 1596: the multiplication of typographic errors changed the meaning of laws; the lack of consistency between the titles serving as general categories for the laws and mis-matched documents made the compilations difficult to use; the extensive publication of documents and laws, instead of reducing them only to their essence, created a voluminous presentation which served to confuse, besides the fact that the duplication of the same laws revealed an intention to make them appear bigger than they were; the difficulty of finding them in the Indies, and their excessive price; and finally the many lacunae of laws revealed in a close analysis of their content (30).

The experience from the past regarding imperfect and unfinished works of compilation also taught that only an assistant of the Council of the Indies could be fully engaged in elaborating a new compilation. In effect, one can recognize here the pattern of the discourse common to the *arbitristas*, where a personal nomination or reward from the king was justified by the demonstration of a field of expertise mostly in fiscal matters, which is applied by León Piñelo to his juridical work assisting the councillor Aguiar y Acuña in his compilation of colonial law (31). Personal experience from his education and work as magistrate in the Indies is also mentioned in order to provide legitimacy to his more general advisements (*advertencias*) concerning the process of researching and publishing a compilation of colonial laws, including the revision of typographic

(29) Ivi, p. 143.

(30) Ivi, pp. 144-145.

(31) Ivi, pp. 148-149. For claims about León Piñelo's experience of 18 years in the Indies as giving him the necessary expertise to write the history of the New World, see his *El Gran Canciller de las Indias*, cit., pp. 40-44.

proofs ⁽³²⁾. As it happens in any discourse proposed by an *arbitrista*, León Piñelo follows a systematic order in the presentation of his advises or principles for the organization of a compilation.

Taking Justinian as a model, Piñelo opposed cutting the prefaces of the laws, in cases where they were not strictly necessary to understand the meaning of the laws. Second, one should avoid repetitions or the inclusion of similar laws, and in some cases it might even be possible to combine two or three legal decisions in a single law. The third aspect to take into consideration was how to avoid contradiction or opposition among the compiled laws. It was important to avoid laws that were not in use, although this was a difficult principle to accomplish because one needed to make sure that all of the eleven *audiencias* at work in the Indies had ceased using the law. The fifth, sixth and seventh principle were all about the ability of the compiler to change the content of the laws as they were in the original form — adding, cutting, or changing — in order to find the clearest version. The work of compilation did not imply mere copying; on the contrary everything that could be avoided had to be cut. Even in cases where the original meaning was modified, the editor needed to be motivated not by the old meaning of the law, but the new meaning promulgated by the prince who would publish the new compilation. The laws integrated in the new compilation could also be edited further, because

⁽³²⁾ A. DE LEÓN PIÑELO, *Discurso sobre la importancia, forma, y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales...* 1623, cit., pp. 145-149. On the Castilian use of the word *advertencias*, used by León Piñelo in the *Discurso* and in his manuscript *El Gran Canciller de las Indias*, cit., pp. 7-13. One should noticed the previous circulation in Italy of the word *avvertimenti* as it was associated to Guicciardini. For a possible source of inspiration, see *Propositioni, o uero considerationi in materia di cose di stato, sotto titolo de Auuertimenti, Auuedimenti ciuili, & concetti politici, di M. Francesco Guicciardini*, M. Gio. Francesco Lottini. M. Francesco Sansouini, Venice, Altobello Salicato, 1583; other editions in 1588, 1598, 1608; for two previous editions (1574, 1575) of Gianfranco Lottini, see *Avvedimenti civili*, ed. G. Mancini, Bologna, Nicola Zanichelli, 1941. However, the use of the word, at least in print form, was also current in Spain in religious literature at the end of the sixteenth century. For the diffusion of the word in the beginning of the seventeenth century, see the example of C. SUÁREZ DE FIGUEROA, *El pasajero: aduertencias utilissimas a la vida humana*, Madrid, Luis Sánchez, 1617, ID., *El pasajero*, ed. M.I. López Bascuñana, 2 vols., Barcelona, PPU, 1988.

their function was no longer associated with their original meaning, but with their capacity to correspond to the headings and classification created by the compiler. The eighth principle concerned the sources from where the compilation of laws ought to be made, starting with previous works of compilation imperfect as they were, but also considering: general provisions; letters and certificates in the king's name (easier to identify in relation to a particular minister or province, but usually with a more general scope); the so-called *ordenanzas*; several types of instructions (which were at the same time equivalent to general *ordenanzas*, although they were also oriented to particular situations); as well as the decisions of the Council of the Indies. Perhaps more important than the changes and adaptations of laws to the compilation was to stress that the Council of the Indies had the last word in deciding what should be included:

« Supuesto pues que no se ha de recopilar lo decidido por leyes destos Reinos, será forzoso el recurrir a ellas, faltando las de Indias, con que esta Recopilación será como continuación de la de Castilla. Por lo qual, y por lo que encarga la Orden 14 del Consejo: que las leyes y gobierno de aquellos Reinos sean lo más semejantes y conformes que ser pueda al gobierno y leyes destos, viene a ser casi preciso el imitarlas: así en la forma especial de cada una, como en la de todas juntas, siguiendo la Recopilación dellas, que hoy se guarda » ⁽³³⁾.

The ninth principle concerned the distribution of the laws by titles and a new order of classification by different books. Here again, León Piñelo repeats the decision of the Council about the continuity between the Law of the Indies and the Law of Castile. The last principle was about the historical and institutional context required by the *Recopilación* as a systematic body of colonial law. In fact for León Piñelo, the juridical work implied a brief history of the Spanish colonies as he provides an account of the Indies since the time of the discoveries, their principal figures, the beginning and evolution of the Council of the Indies, the eleven

⁽³³⁾ A. DE LEÓN PIÑELO, *Discurso sobre la importancia, forma, y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales...* 1623, cit., p. 159.

audiencias created in the Indies, and their viceroys ⁽³⁴⁾. Besides this brief history, it was also necessary to consider a true description, especially through maps pointing out the jurisdictional boundaries of each *audiencia*: cartographic representation could solve doubts regarding certain trials. However certain maps, such as the ones presented by Antonio de Herrera y Tordesillas in his *Historia general de los hechos de los castellanos en las islas y tierra firme del mar oceano* (Madrid, 1601-1615) were to be considered untrustworthy. The *Recopilación* also required a copious index, in order to facilitate its consultation, a glossary providing the translation of indigenous words, and a complete table of all the ecclesiastic, secular, and military posts and offices created by the crown, including a special reference to their price in cases where they could be bought and sold ⁽³⁵⁾.

The first case study presented here intended more to question than to provide any general model concerning the struggle for justice that can be said to characterize Spanish imperialism in the early modern period ⁽³⁶⁾. We have followed the trajectories of León Piñelo's career, first as a member of a Portuguese family with Judaic roots involved in the Atlantic trade, then as a jurist working inside the complicated system of patronage that crossed councils and institutions close to the court. At the same time, we have traced his activities as book-collector and bibliographer and tried to establish his relations with writers and administrators based around the court in Madrid. However, it was his life-long project — the compilation of Spanish colonial law — that has occupied centre-stage in this study. The work, constantly rewritten and reorganized, is not

⁽³⁴⁾ A brief description of the eleven *audiencias*, with special treatment of the one in Lima that León Piñelo knew well, can be found in his work left in manuscript: *El Gran Canciller de las Indias*, cit., pp. 115-126.

⁽³⁵⁾ A. DE LEÓN PIÑELO, *Discurso sobre la importancia, forma, y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales...* 1623, cit., pp. 149-176.

⁽³⁶⁾ L. HANKE, *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1949; ID., *A Modest Proposal for a Moratorium on Grand Generalizations: Some Thoughts on the Black Legend*, «Hispanic American Historical Review», 51, 1971, 1, pp. 112-127; E. O'GORMAN, *Lewis Hanke on the Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*, «The Hispanic American Historical Review», 29, 1949, pp. 563-571.

independent of his career. It followed him from Lima to Madrid, where he obtained a series of promotions and rewards on the premise that these would facilitate the completion of the project. Through a close reading of the different phases of the project, and in particular through the reconstruction of León Piñelo's insights into the requirements of such an enterprise, it has been possible to demonstrate the difficulties of an authoritative definition of Spanish colonial law. The emphasis given to changing taxonomies of colonial laws and institutions within the methodology of colonial law clearly corresponds to a form of full minded imperialism as it was conceived in the seventeenth century. As an intellectual construction, the project can be seen as an autonomous discourse, competing, benefiting or contributing with other projects on colonial law (Solórzano Pereira, Aguiar y Acuña, Jiménez Paniagua).

It is also possible to locate Piñelo's compilation of colonial law in a larger context of Spanish juridical thought that started in the sixteenth century with the discussion about the rights of conquest and possession of the New World. This exercise would be familiar to intellectual historians and historians of juridical thought interested in identifying a discursive tradition in the sixteenth and seventeenth centuries. However, the risk in this last perspective would be to concede too much importance to the autonomy of that juridical discourse forgetting other — and perhaps more — accurate contexts that could clarify the meaning of Piñelo's project. In fact, three other exercises of contextualization were suggested in the foregoing discussion. First, his activities as a bibliographer reveal an obsession for the classification of knowledge that ran parallel to his ways of thinking on colonial law. Second, Piñelo's successive experiences as magistrate, lawyer, and finally jurist of the Council of the Indies, and mostly his expertise in adjudicating conflicts of interests and the overlapping of jurisdictions are well documented in his project, and perhaps provide a better explanation for his constant efforts to rewrite the project. It is perhaps here that the intellectual effort of Piñelo — his reflexivity, awareness, and rationality — should be located, in contrast to arguments that consider the compilations of Spanish colonial law as demonstrations of a reduced rationality, as one can find in the works of historian

Richard Morse ⁽³⁷⁾. Finally, the compilation of colonial law by Antonio de León Piñelo should also be seen as a political project that create and justify the right to a family or individual reward, as it also happened in so many other projects in a period strongly characterized by the submission of political advises — *arbitrios* — to the councils, *juntas*, and to the king. In this case, the claim of a reward was well recognized, and could be identified with the defence of individual or group interests.

2. *From diplomatic treaties to the language of virtues*

D. Pedro Miguel de Almeida Portugal (1688-1756) was viceroy of the *Estado da Índia* between 1744 and 1750. He arrived in Goa in September 1744, and transferred the government to his successor in September 1750. As a reward for his much acclaimed military campaigns in India he received the title of Marquis de Alorna in 1748. The title was also the reward for a life dedicated to the service of the Portuguese crown, first in the War of Spanish Succession, then in the government of São Paulo and Minas Gerais in Brazil and finally in India. In 1717 when he took office as governor and captain-general of São Paulo and Minas, he could rightly claim that: « [...] Few among the Portuguese had run the risk of losing their life more than he did to serve his king and defend his country (*patria*) » ⁽³⁸⁾.

Despite winning royal encomium in the form of titles in Brazil, he had faced severe local opposition when he tried to impose new taxes on gold mines, and develop military control over the territory. His arrival in Goa more than twenty years later corresponded to a series of fiscal reforms and diplomatic instructions for peaceful

⁽³⁷⁾ « The various legal codifications such as the 1573 colonizing ordinances and the 1680 Laws of the Indies were essentially compilations, rather than systematizations that might have brought natural-law principles and administrative decrees into a single rationalized frame », R. MORSE, *The Heritage of Latin America*, in WIARDA (ed.), *Politics and Social Change in Latin America*, cit., p. 43.

⁽³⁸⁾ L. DE MELLO E SOUZA, *Um documento inédito: o discurso de posse de D. Pedro de Almeida. Conde de Assumar, como governador das capitânicas de São Paulo e Minas do Ouro, em 1717*, in ID., *Norma e Conflito. Aspectos da História de Minas no Século XVIII*, Belo Horizonte, Editora Universidade Federal de Minas Gerais, 1999, pp. 36.

treaties between local and European powers. In a context characterized by the loss of the Province of the North of the *Estado*, including Bassein, to the Maratha in 1739, Alorna once again stressed the efforts of military organization. The financial resources the Crown made available based on Brazilian gold initially supported these efforts, but they were also consequences of an attempt to organize the finances of the *Estado da Índia* on a sounder basis. In any case, military action of any European power depended on local alliances and was largely determined by movements of local powers in conjunction with other European forces. In his return to Portugal, facing the adversities of a new situation where the future Marquis of Pombal was rising in court, he could again claim, in 1752:

« [...] that he had exposed so many times his life, without counting with forces, instruments or any other resource, except the value and arduous zeal of returning to the Portuguese swords the credit that had been reduced to almost nothing »⁽³⁹⁾.

These claims about life in the military service of the king cannot be dissociated from other explicit arguments on statecraft used by D. Pedro. In fact, in his letters from Brazil, he at least twice mentioned the need to justify repressive measures from a juridical point of view, and he quotes Solórzano Pereira to defend his position vis-à-vis the liberty of the Indians⁽⁴⁰⁾. In 1745, once again, the viceroy ordered a judicial inquiry as a way of repressing a military mutiny in one of the Goan fortresses⁽⁴¹⁾.

Service to the crown, and fidelity to the king justify the association of Alorna's name to current trends emphasizing monarchic patriotism as a form of imperial allegiance. His documented references to juridical justifications and inquiries reveal another

⁽³⁹⁾ M. A. NORTON, *D. Pedro Miguel de Almeida Portugal*, Lisbon, Agência Geral do Ultramar, 1967, p. 188.

⁽⁴⁰⁾ Arquivos Nacionais Torre do Tombo (Lisbon), *Casa Fronteira*, 120, f. 16; Biblioteca Nacional de Lisboa, *Pombalina*, cod. 479, f. 83v., letters from 1719 and 1721, quoted by L. DE MELLO E SOUZA, *Estudo crítico*, in *Discurso histórico e político sobre a sublevação que nas Minas boue no ano de 1720*, Belo Horizonte, Fundação João Pinheiro, 1994, pp. 26-27, 49.

⁽⁴¹⁾ J. H. DA CUNHA RIVARA, *Arquivo Portuguez Oriental*, vol. VI, supplements 1-2 (Nova Goa: Imprensa Nacional, 1876), pp. 464-465.

form of allegiance to a legal order. However, other forms of his allegiance should also be considered. D. Pedro and his family's participation in the life of letters, his patronage of authors writing about his own actions, and his interests as book collector reveal a particular way of understanding the ethos of the Portuguese nobility during the Enlightenment. From this point of view, D. Pedro seems to adopt the same pattern created in the last quarter of the seventeenth century by the house of Ericeira, and it was not by chance that D. Luís de Meneses, Count of Ericeira and Marquis de Lourical, preceded him twice as viceroy of the *Estado da Índia* (1717-1720, 1741-1742).

One can even say that a certain orientation of noble families came before individual choices, as can be seen in a letter written to him by Alorna's mother in 1704, where she stressed a commitment not only to the sword but also to books⁽⁴²⁾. His extensive library, where books in French competed with editions in Latin, combined a taste for classic authors, with the canon of Portuguese historians. In its inventory, one of the most coherent and systematic category of books (7.4 percent from a total of 1069 titles) deal with the arts of war and treatises of fortification, from Vauban to Luís Serrão Pimentel⁽⁴³⁾. Another coherent, although smaller, set concerns instructions and pedagogic books. It is no surprise that religion — from the Bible to catechisms — constituted a large part of the inventory, while it was also possible to find books of Maupertius, Voltaire or Montesquieu's *L'Esprit des lois* (1748) on Alorna's shelves⁽⁴⁴⁾.

It is not wholly surprising that books dedicated specifically to law are few in this nobleman's library. Although small though in number, these books are instructive in suggesting a fair representation of the juridical interests of a Portuguese nobleman of the Enlightenment, always bearing in mind the necessary distinctions

(42) Ch. R. BOXER, *Uma carta inédita da primeira [sic: segunda] Condessa de Assumar para seu filho D. Pedro de Almeida e Portugal (20 de Junho de 1704)*, in *Colectânea de Estudos em Honra do Prof. Dr. Damião Peres*, Lisbon, Academia Portuguesa de História, 1974, pp. 273-275 [reprinted *Mary and Misogony*, London, Duckworth, 1975, pp. 123-134].

(43) NORTON, *D. Pedro Miguel de Almeida Portugal*, cit., pp. 205, 342-343.

(44) Ivi, pp. 324-344.

between books that a nobleman possessed and books that he actually read ⁽⁴⁵⁾. Thus, in the inventory an edition of Justinian's *Institutionum* appears next to the commentary of Nicasius de Voerda (d. 1492), *Enarrationes in quatuor libros institutionum imperialium*. A treaty of canon law impossible to identify ⁽⁴⁶⁾ is followed by an edition of Claude Fleury (1640-1723), *Institutiones juris ecclesiastici*, a work of large diffusion translated into Castilian in 1670; another treatise of ecclesiastic law is attributed to Jean Doujat (1609-1688): this can either be his *Histoire du droit canonique* (Paris, 1675) or more probably, his edition of Giovanni Paolo Lancelotti's (1522-1590), *Institutiones juris canonici* (Paris, 1670), or perhaps less probably his own *Specimen juris ecclesiastici apud Gallos usu recepti* (Paris, 1671); a last treatise addressing ecclesiastic matters is mentioned under the name of Just Henning Böhmer (1671-1732) — it is possible that this is his *Institutiones iuris canonici* (Halle an der Saale, 1738). The inventory also refers to the law of the Portuguese kingdom through the *Reportorio das Ordenações do Reino*, by Manuel Mendes de Castro, a work that was in print half a dozen times between 1604 and 1743. Thus, the traditional division between Roman law, Canon law, and the law of the Kingdom — explicit and well developed in the projects of León Piñelo, and common in the European culture of the *ius commune* — reappears in the library of an eighteenth-century Portuguese nobleman. Within the limits of a simple inventory one notices that in parallel to the more traditional books concerning juridical thought, the new forms of natural and international law that emerged in the seventeenth century were finding their way into the nobleman's library — editions of Hugo Grotius (1583-1645), *De Jure Belli ac Pacis* (1st ed., 1625), and Samuel von Pufendorf (1632-1694), *De Jure Naturae et Gentium* (1st ed., 1672), perhaps

⁽⁴⁵⁾ On the distinction between books possessed and books read in a library of a nobleman, see J. A. DE FREITAS CARVALHO, *El Club de los Señores de las Bibliotecas Muertas? Nota a propósito de la librería del primer Marqués de Niza en el Portugal de mediados del siglo XVII*, in A. Castillo Gómez (ed.), *Libro y Lectura en la Península Ibérica y América*, Salamanca Junta de Castilla y León, 2003, p. 170.

⁽⁴⁶⁾ It could be the work of the Portuguese jurist F. DE OLIVA E SOUSA, *Tractatus de foro ecclesiae*, which appeared in a series of editions (Geneva, 1678, 1705, 1733).

in the French translation made by Jean Barbeyrac (1706) are prominent in the list ⁽⁴⁷⁾.

These works, thus, may have been Alorna's formative influences. His own political testament circulated in manuscript form and took the shape of a large and systematic instruction to his successor, the new viceroy of the *Estado*, who since 1747 was also the father-in-law of his own son ⁽⁴⁸⁾. Alorna's style reflects the impact of the language of virtues employed in the pedagogic books and treatises used to educate princes, a category well-represented in his personal library. Inspiration could also have come from the reading of political testaments, such as the one by Gatien Courtilz de Sandras, *Testament politique du marquis de Louvois* (Cologne [i.e., Netherlands]: "Chez le Politique", 1695), also present on the shelves ⁽⁴⁹⁾. In fact, memoirs, instructions, and political projects of reformation reflecting upon political experience, circulated freely in eighteenth-century Portugal. They were well represented in Alorna's library by the letters and memories of José da Cunha Brochado, and the political discourses of D. Luís da Cunha on the causes of

⁽⁴⁷⁾ NORTON, D. *Pedro Miguel de Almeida Portugal*, cit., pp. 324-344.

⁽⁴⁸⁾ For the Portuguese political context, see A. FERRÃO, *O Marquês de Pombal e os "Meninos de Palhavã"*, off print from *Boletim da Classe de Letras da Academia das Ciências de Lisboa*, vol. 15 (Lisbon, 1915); J. CORTESÃO, *Alexandre de Gusmão e o Tratado de Madrid*, 9 vols., Rio de Janeiro, Instituto Rio Branco, 1952-1960; L. FERRAND DE ALMEIDA, *Páginas dispersas de história moderna de Portugal*, Coimbra, Faculdade de Letras, 1995; Id., *Alexandre de Gusmão, o Brasil e o Tratado de Madrid (1735-1770)*, Coimbra, Instituto Nacional de Investigação Científica, 1990; TRISTÃO DA CUNHA DE ATAÍDE, 1.^o CONDE DE POVOLIDE, *Portugal, Lisboa e a Corte nos reinados de D. Pedro II e D. João V: memórias históricas*, eds. A. Vasconcelos de Saldanha and C. M. Radulet, Lisbon, Chaves Ferreira, 1990; N. G. MONTEIRO, *Identificação da política setecentista. Notas sobre Portugal no início do período joanino*, « Análise Social », 157, 2001, pp. 961-987; Id., *Portugal, a Guerra de Sucessão de Espanha e Methuen: algumas considerações gerais*, in J. L. CARDOSO et. al., *O Tratado de Methuen (1703)*, Lisbon, Livros Horizonte, 2003, pp. 97-110.

⁽⁴⁹⁾ For testaments as political discourses, see F. GILBERT, *The Beginnings of American Foreign Policy to the Farewell Address*, New York, Harper Torchbooks, 1965. French political testaments created an authentic genre to a point that they were object of parody, see L. Mandrin, *Testament politique de Louis Mandrin, généralissime des troupes des contrebandiers, écrit par lui-même dans sa prison* [Genève, 1756], Paris, Éditions d'Histoire Sociale, 1976.

Portuguese decline ⁽⁵⁰⁾. In the same epoch, the controversial archbishop of Goa between 1721 and 1739, D. Fr. Inácio de Santa Teresa, had also written a famous political discourse with the title *Estado do presente Estado da Índia. Meyos faceis, e eficazes p.^a o seu augmento e reforma espiritual, e temporal. Tractado Politico, Moral, Juridico, Theologico, Historico e Ascetico* (1725) ⁽⁵¹⁾. The writings of the bishop, diplomat and military organiser, D. António José de Noronha, were also in the same vein of analysis and criticism, and had as its project, the reformation of the *Estado da Índia* ⁽⁵²⁾.

The first part of Marquis de Alorna's *Instrução* to his successor includes descriptions of the neighbouring kingdoms located around Goa and the Malabar Coast, with particular emphasis on the diplomatic treaties, alliances, and wars between them and the *Estado da Índia* ⁽⁵³⁾. In this respect, D. Pedro follows a pattern well defined in the correspondence and official instructions given to new viceroys and governors; a pattern that aimed at the gathering of information concerning the political units surrounding Portuguese

⁽⁵⁰⁾ J. DA CUNHA BROCHADO, *Memórias: antologia*, ed. Mendes dos Remédios, Coimbra, França Amado, 1907; ID., *Cartas*, ed. A. Álvaro Dória, Lisbon, Sá da Costa, 1944; D. LUIS DA CUNHA, *Obras ineditas do grande exemplar da sciencia do estado*, ed. A. L. Caminha, Lisbon, Imprensa Nacional, 1824; ID., *Instruções inéditas... a Marco António de Azevedo Coutinho*, eds. P. de Azevedo and A. Baião, Coimbra, Academia das Ciências de Lisboa, Imprensa da Universidade, 1929; ID., *Memórias da Paz de Utrecht*, ed. G. de Melo de Matos, Lisbon, Tipografia José Fernandes Júnior, 1931; L. FERRAND DE ALMEIDA, *A propósito do Testamento político de D. Luís da Cunha*, off print from *Revista Portuguesa de História*, vol. 3, Coimbra, 1948; ID., *Memórias e outros escritos de D. Luís da Cunha*, off print from *Arquivo de Bibliografia Portuguesa*, vol. VII, Coimbra, Atlântida, 1961; D. LUIS DA CUNHA, *Instruções políticas*, ed. A. Diniz Silva, Lisbon, Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimientos Portugueses, 2001.

⁽⁵¹⁾ Several copies are known at Biblioteca Nacional de Lisboa, Biblioteca Pública Municipal do Porto, and in the library of Charles R. Boxer.

⁽⁵²⁾ D. ANTONIO J. DE NORONHA, *Sistema Marcial Asiático*, ed. C. Radulet, Lisbon, Fundação Oriente, 1994; *Obras políticas*, ed. C. Radulet, Lisbon, Fundação Oriente, 2001.

⁽⁵³⁾ D. PEDRO M. DE ALMEIDA PORTUGAL, *Instrução do Exmo. Vice-Rei Marquez de Alorna ao seu successor o Exm. Vice-Rei Marquez de Tavora*, ed. F. Nery Xavier, 3rd ed., Nova Goa, Imprensa Nacional, 1903; M. DE JESUS DOS MÁRTIRES LOPES, *Goa Setecentista: Tradição e Modernidade*, Lisbon, Universidade Católica Portuguesa, 1996, pp. 31-39 (with a useful map).

settlements. The use of kingdoms and empires as the main units for political analysis, and the acceptance of diplomatic treaties and ceremonies as central instruments for regulating contacts between peoples are the two features of this way of conceiving the juridical order of the *Estado da Índia* ⁽⁵⁴⁾. By the same token, military interventions were conceived as an alternative to peaceful relations, but the justification of war was thought — not so much in terms of rights and justice — as a balance between possible costs and benefits, particularly in economic and strategic terms. In other words, the decision to make war depended upon the means available and the evaluation of practical conditions, leaving aside any other reasons of justice and legality. Another feature of the same description suggests the evaluation of individual kings in terms of their particular passions and vices. Part of the text explores in detail the vices of the local chiefs such as the king of Sunda — their slackness, weaknesses, slowness in decision-making and in answering correspondence, and their devotion to alcohol and leisure. This image is close to the typical despot, « lazy, voluptuous, and ignorant », devoted to sensual pleasures, diffused by Montesquieu (*Esprit des Lois*, II, 5; XV, 11; *Lettres Persannes*, CXIV) throughout Europe ⁽⁵⁵⁾.

However, perhaps more important than an orientalist discourse that downgraded local princes, what matters here is the recognition that they had a fundamental capacity to negotiate alliances and respect treaties. In this respect, the case of the king of Sunda is elucidatory. The king had successfully withstood the temptations of an English alliance to respect his earlier agreement with the Portuguese in Goa, largely dependent on the supply of his pepper. For the Marquis, it was not even a problem that the king of Sunda had not formally ratified the treaty of peace with the *Estado*: only « speculative men », he writes, imagined Asian nations as observing

⁽⁵⁴⁾ P. PISSURLENCAR, *Agentes da Diplomacia Portuguesa na Índia, Hindús, Mulcumanos, Judeus e Parses*, Bastora, Tipografia Rangel, 1952.

⁽⁵⁵⁾ R. KOEBNER, *Despot and Despotism: Vicissitudes of a Political Term*, « Journal of the Warburg and Courtauld Institutes », 14, 1951, pp. 275-302; F. VENTURI, *Oriental Despotism*, « Journal of the History of Ideas », 24, 1963, pp. 133-142; R. BOESCHE, *Fearing Monarchs and Merchants: Montesquieu's Two Theories of Despotism*, « The Western Science Quarterly », 43, 1990, pp. 741-761.

the « same formalities of Law that existed among European nations ». For him, a nobleman with experience — as against all those who speculated about the uses of law in India — it was enough that the king had been able to respect in practice some of the points of the treaty that remained unratified in order to consider him a friend ⁽⁵⁶⁾.

Diplomatic relations for Alorna presupposed experience and an accurate knowledge of the neighbouring states, especially a correct evaluation of the military and economic forces available. For instance a king, neighbour of Bassein, who wanted to reinforce friendship with the Portuguese against the dominant Marathas, was considered untrustworthy, as he was illiterate, inebriated, and under the control of his Brahminical advisors. Negotiations with him were useless, since his Brahman advisors could inform the Marathas easily, creating new difficulties for the Portuguese. The extreme practical sense revealed in the treatment of diplomatic relations, in particular with small powers, is directly related to the necessity of protecting the *Estado da Índia* from serving their interests. Well aware of the political games in South Asia, Alorna as viceroy tried hard to avoid situations where the Portuguese forces could be manipulated by smaller powers: the growing power of the Marathas is attributed to the decline of the Mughals, and their imposition of heavy taxation over neighbours and kings friendly towards the *Estado da Índia*.

As a matter of fact, for the Marathas themselves, Goa was a district, conceived as a subordinate state and under the duty of tax payment. However, this was a situation that existed only in theory; in practice, for a viceroy who praised mostly the evidence of facts, Portugal had always refused to pay any kind of tribute. The government of the Marathas was also seen as exceptional in comparison to any other: the sovereign was a hidden idol, whose orders were seldom executed, the members of his council disposed of effective power but their forces were almost divided, their way of making war relied more on violent terror and plunder than valour and diplomacy, and they only took decisions for military

⁽⁵⁶⁾ D. PEDRO DE ALMEIDA PORTUGAL, *Instrução do Exmo*, cit., pp. 9-23, *maxime* p. 23.

actions in situations without any real resistance. An exception to this, according to Alorna, was the conquest of the Provinces of North, in particular Bassein, in 1739, with the loss of 20,000 men, an excessive number that was not fully compensated by the addition of new revenues. The internecine strife within the Maratha court, in particular the fact that a caste of Brahmans tried hard to ascend the throne opened up a window of opportunity for the Portuguese to combat their influence. Meanwhile the *Estado da Índia* could only benefit from Maratha incapacity to take military actions; the local Maratha princes were hardly in a position to observe their treaties of peace ⁽⁵⁷⁾.

A close reading of the *Instrução* will reinforce the notion that the Marathas and in general all Asiatic princes were associated with two contrasting views. On the one hand, they could respect neither faith, nor moral virtues. Their instability led them to disrespect treaties either with the Portuguese or among themselves. Equally, their way of conducting war was characterized by a lack of order and massive destruction. Their enormous armies could easily be defeated by well-organized European troops. On the other hand, Marathas and Asiatic princes were also seen as competent and able to gather information about the Portuguese, and engage in negotiations in order to defend their own interests. These two contrasting views are largely dependent upon the use of the language of virtues, and is well exemplified when Alorna refers to the Marathas as being liars and dissimulators, and simultaneously astute, cautious and suspicious ⁽⁵⁸⁾. The language of virtues — more than any other, including the respect for and utility of treaties — contributes strongly to shape the main perceptions of the enemy, in a mode compatible with the military plans decided by the viceroy. The military strategy suggested by Alorna mostly concerned the defence and limited conquests in Goa, using the coast line and places accessible by rivers. In any case, it is the realistic evaluation of human resources available that constitutes the main factor in consideration. In fact, if Alorna is to be believed, an astute viceroy needed to recognize that troops alone were not enough to defend

⁽⁵⁷⁾ Ivi, pp. 23-33.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, pp. 38, 45.

fortresses, moreover the soldiers locally recruited did not count if one considered their pusillanimity ⁽⁵⁹⁾.

It is not by chance that the pages dedicated to the other European nations present in Asia are quite few. Alorna was convinced that the survival of the *Estado da Índia* was directly related with its capacity to participate in the local game of power, centred in the emergence of the Maratha and the decline of the Mughal Empire in central India. For him, the other European nations — the Dutch, English, French, Spanish and Danish — had adopted a form of government that he found characteristic of the mercantile companies. They threatened only in association with local powers. This happened when the Dutch tried to capture the favour of the Marathas in order to expel the Portuguese from Daman. In Alorna's view, in order to evaluate the actions of the Dutch and English it was necessary to enlarge the space in consideration, going beyond Goa and the west coast of India. Maritime routes linking the Portuguese in the Coromandel Coast and the Gulf of Bengal to Macao were objects of the greed of other European nations. Alorna did not think that the treaties of collaboration that existed for instance between the English and Portuguese nations created a safeguard against the expulsion of the Portuguese from places like Meliapor, or against the plunder of Portuguese trading ships. Alorna tried to protest, corresponding with the English authorities in Bombay; however, he also knew that his lack of military forces could only be compensated by the use of prudence ⁽⁶⁰⁾. Again the language of virtues — centred in the individual exercise of discretion by the viceroy — appears as the main instrument of government.

In the third part of the *Instrução*, the Marquis de Alorna describes the institutions of the *Estado da Índia* and how they worked. It is not by chance that the first institution considered to be at the disposition of viceregal government is the representative body of the city of Goa (*Senado da Câmara*). The European conception of a politics of bread was in Goa substituted by the politics of rice. Basically, the question was between the city's right

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 69.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 74.

to impose a fixed price on rice and the liberty of trade defended by the viceroy. Every time the price was regulated there was scarcity of the product, followed by famines, protests, and mutinies. When the viceroy imposed free trade against the city's will, supply was abundant and prices went down. In the mind of the viceroy, another example of mismanagement by the *Câmara* concerned the work of renovation on fortresses. In fact, the experts who worked with the viceroy — the military engineers — had proved how the city funds had been stolen several times by the entrepreneurs put in charge of executing the work. The city therefore was considered unable to follow right policies — either in provision or in maintenance. Through these two examples, Alorna demonstrated that the *Câmara* needed to be under the direct control of the viceroy.

According to Alorna, the Council of the State was an equally useless institution. It was composed by the archbishop, the head of the navy (*General da Armada*), the head of finances (*Vedor da Fazenda*), the oldest inquisitor, the chancellor or the main judge of the High Court (*Relação*), the captain of the city, usually a nobleman although impoverished without much competence, and other nobles nominated directly by the king. Even if in their particular domains these men could be considered competent, they had no capacity to express opinions on general matters of government, which meant decisions in matters of war, peace, and the imposition of taxes ⁽⁶¹⁾. Alorna's readiness to dismiss the chancellor despite his juridical knowledge is a good example of how he viewed his capacity to understand matters of government. If the viceroy was not ignorant in matters of law and jurisprudence — as one can infer from examining his library, and from some traces found in his letters — it is evident that his experience as an army man and head of a government meant that he could largely dismiss the discourse of judges and magistrates. Here is his judgment:

« the chancellor [of the High Court] usually wants to reduce to points of Law public affairs and negotiations with Asian kings, however these matters depended neither on juridical formalities nor on jurisprudence » ⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 78.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 79.

As a result of this kind of judgment, and knowing that it would have been difficult for the former members of the Council to keep silent, Alorna revealed that during his six-year tenure as viceroy he had called the Council of State only twice, to declare a war, and when a French fleet asked for permission to stay in Goan waters. To the following institutions, Alorna referred briefly: the Council of Finances, in charge of adjudicating to contractors the different revenues of the *Estado da Índia*; an institution that controlled missionary activities (*Junta das Missões*); and a special tribunal for judging the knights of the military orders, who were not under the jurisdiction of a secular court.

More attention is dedicated to the High Court (*Relação*) of Goa. Alorna starts by saying that his successor has already been informed of the individual judges serving at the court. In fact, the priority given to the names of the different judges presupposes a very concrete, practical conception of politics — one based on individuals, their nomination and their practical role, as something that preceded any evaluation of an institution ⁽⁶³⁾. In general, these individuals to whom Alorna refers, would have been promoted to their position as judges (*desembargadores*) in the High Court in Goa after serving as low-ranking magistrates in the mother country. This situation directly derived from the necessity of recruiting men willing to serve overseas, but the result was considered catastrophic, as such men often lacked knowledge and maturity. In face of their arrogant behaviour Alorna recommends extreme prudence, only thus would the new viceroy be able to control them ⁽⁶⁴⁾. This remark is important, as it once again confirms the extent to which the viceroy considered the political language of virtues to be the chief instrument of government. In case of disorder and disobedience, the viceroy had little option other than drawing the public attention of the other judges to the recalcitrant judge when he visited the High Court; he could also of course write to the king

⁽⁶³⁾ For the political importance of nomination, see the author's contribution *A Restauração de 1640: nomes e pessoas*, « Península. Revista de Estudos Ibéricos », 2003 — *Entre Portugal e Espanha. Relações Culturais (séculos XV a XVIII)*. In *Honorem José Adriano de Freitas Carvalho*, pp. 321-336.

⁽⁶⁴⁾ D. PEDRO DE ALMEIDA PORTUGAL, *Instrução do Exmo*, cit., p. 90.

denouncing specific cases of insubordination. However, Alorna was extremely aware of the multiple jurisdictions facing the viceroy's government and he could only complain about the lack of instruments to exercise real coercive authority over the High Court judges. Even the denunciation was a difficult proceeding, as it was necessary to wait two years for an answer, and it was always possible to postpone the decision to four years if the king asked for new legal information. Thus « truth [was] hidden behind the mask of Jurisprudence » (65).

Alorna used other tactics to dismiss the importance of other forms of juridical knowledge. He clearly enunciates how, when it was convenient for the judges of the High Court to consider the power of the viceroy as identical to that of the king, they would use arguments from Solórzano Pereira and other like-minded jurists. However, when it was not in their interest to defend the supreme power of the viceroy, they could simply say Solórzano was a foreigner and his opinions were therefore not valid in Portugal, as if the other jurists they used constantly, Jacques Cujas (1522-1590) or Prospero Farinaccio (1554-1618), were not foreigners too. The magistrates of the High Court, in the view of the viceroy, held contrasting opinions of juridical thought in order to defend their own interests. Alorna, however, had a more serious charge against them, namely that they tried to locate themselves between the king and the viceroy, registering and interpreting the orders given by the former, creating in practice a situation where magisterial jurisdiction stood above the viceregal. D. Pedro claimed that he had never accepted this pretension, for the simple reason that he never admitted the magistrates could be better interpreters of the royal orders expressed in Portuguese, a language that he also knew well. More complicated was the case of the new chancellor of the High Court mentioned above, a newcomer in Goa, a man without experience, apt to translate political decisions into arcane juridical language. He was accused of disregarding the conventional styles of Goan governance, refusing everything without examination, and imposing customs prevalent in Portugal. This attitude went against the law of the kingdom (*Ordenações*), which enshrined civic tradi-

(65) *Ibidem*.

tions and long-held custom. Despite these hurdles, Alorna's advice was not to oppose juridical arguments. For him, the only valid alternative came from a correct use of the political language of virtues, which implied that the new viceroy needed to treat his fellow judges with urbanity, benevolence tempered with authority, and moderation when it was necessary to reprimand. To be effective, he would need to maintain friendly relations with all of them, recommending them to preserve assiduous silence regarding matters discussed in court. The gathering of information about life inside the court on days when the viceroy was absent should complement the exercise of all these virtues. This, in fact, was another way of conceiving the exercise of power through prudence ⁽⁶⁶⁾.

The conflict between the viceroy and the archbishop is similarly described as that of overlapping jurisdictions; it is also expressed within the same language of virtues ⁽⁶⁷⁾. The archbishop is portrayed as haughty, superb, and imprudent. As a consequence, he ended up representing a true enemy from within, and was considered more of a troublemaker than any other external enemy. This was a characteristic shared by all the archbishops of Goa. As a result of their attitude, they always tried to appropriate the royal jurisdiction represented by the viceroy ⁽⁶⁸⁾. The slowness of all legal formalities in the *Estado* gave to the archbishops of Goa an omnipotent sense of being above the law. For Alorna, it was only through the use of prudence, including a certain amount of dissimulation, that it was possible to deal with them. In his words, « prudence and reason in this country [Goa] were infinitely more valued than any kind of letters [including jurisprudence] » ⁽⁶⁹⁾.

The same language of virtues appears again when Alorna summarized his experience, referring to the need for constancy in the viceroy's relations with the archbishop ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, pp. 90-92.

⁽⁶⁷⁾ NORTON, *D. Pedro Miguel de Almeida Portugal*, cit., pp. 87, 122.

⁽⁶⁸⁾ A concrete example of this conflict of jurisdictions during the time of Alorna as viceroy can be found in DA CUNHA RIVARA, *Arquivo Portuguez Oriental*, vol. VI, supplements 1-2, cit., pp. 461-463.

⁽⁶⁹⁾ D. PEDRO DE ALMEIDA PORTUGAL, *Instrução do Exmo* cit., p. 96.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 99.

Besides the conflict between institutions and personnel, the viceroy faced other problems: the loss of Bassein and the Province of the North caused irreparable misery, since the territory was a major source of income for a great number of landowners resident in Goa ⁽⁷¹⁾; the habitants of Goa, although shy, were vindictive, and constantly ready for litigate in court ⁽⁷²⁾; the majority of men who arrived from Portugal annually were petty criminals who created permanent disorder ⁽⁷³⁾. These could however be tackled; what was infinitely more worrying about the colony was its insecurity, the overhanging threats and the lack of adequate military force. The insecurity was in part associated with the difficulty of patrolling borders, and the free movement of people who came to Goa to stir trouble (corresponding to the Portuguese who travelled in the other direction, living outside and collaborating with other powers) ⁽⁷⁴⁾. However, insecurity — a feature of Portuguese imperialism — was also felt in relation to the local collaborators who could never be wholly trusted. In fact the viceroy placed all the « Gentiles », in particular the Brahmans, serving at home or assisting in different institutions, under permanent suspicion, « because all of them deal secretly with the enemy » ⁽⁷⁵⁾. At another level, the instability of treaties and alliances between the *Estado da Índia* and other powers could only reinforce this sense of insecurity ⁽⁷⁶⁾. Finally, the lack of forces — well-organized European troops — contributed to diminish the value of the institutions available for viceregal governance ⁽⁷⁷⁾.

After six years of experience as viceroy, and a life dedicated to service to the king in various theatres of war, the Marquis de Alorna almost cannot believe in the force of law and the role of institutions as tools of overseas governance. His scepticism regarding the value of treaties contracted with local powers, his realistic view of the

⁽⁷¹⁾ *Ibidem.*

⁽⁷²⁾ *Ibidem.*

⁽⁷³⁾ *Ibidem.*

⁽⁷⁴⁾ Ivi, pp. 46-47. Reference to Portuguese deserters also escaping the control of the *Estado da Índia*, ivi, p. 22.

⁽⁷⁵⁾ Ivi, pp. 103, 107.

⁽⁷⁶⁾ Ivi, p. 108.

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem.*

interests of European powers, and his general suspicion of magistrates and their juridical discourse confirms the lack of value he attributed to colonial law. By the same token, the inefficacy of a series of institutions — civil, military and ecclesiastic — and the multiple jurisdictional conflicts that Alorna mentions in his *Instrução* contributed to diminish the role of colonial institutions. In contrast to the obvious inefficiency of colonial law and civic institutions, the viceroy returns to the time-tested methods of governance by virtue, centred on the person of the viceroy.

What were the main features of this method? First, the viceroy needed to protect his body. His health was perhaps the most important business of government, if he wished to avoid recourse to the other institutions. The viceroy ought to wake up early and maintain a strict physical regime during the day, avoiding sedentary habits at all costs. His physical well-being lay in a ‘good distribution’ of his own affairs through the day in order to exercise both mind and body (78): attending mass, working with the secretaries in the morning, answering important letters, receiving in audience, and taking fast decisions; after a long ride in the afternoon came the audiences to more personal matters, the answering of less important letters, and orders to the troops. In any case, the important thing was to keep this rhythm of work and to accept it as fixed routine: the virtue of prudence was envisaged as the only real solution to dealing simultaneously with local and untrustworthy collaborators, and with all Portuguese ever-ready to propose new projects and new reforms (*arbitrios*) (79). According to traditional literature on the Reason of State, prudence also meant keeping political decisions secret, hiding personal opinions, and dissimulation. Alorna was well aware of these topics, incorporating them within his formula for viceregal success and survival (80).

To the same language of virtues belonged the notion that it was necessary for the viceroy to acquire the affection of army officers

(78) Ivi, pp. 101-102.

(79) Ivi, pp. 107-110, 118-119.

(80) For bibliographical references on the referred topics, see Martim DE ALBUQUERQUE, ‘*Biblos*’ e ‘*Polis*’: *Bibliografia e Ciência Política em D. Vicente Nogueira (Lisboa, 1586 - Roma, 1654)*, Lisbon, Vega, 2004, p. 66.

and soldiers, and as far as possible, the love of the population. If the affection of soldiers was directly related with the viceroy's role as captain to distribute rewards — inside a clear conception of the power of gift distribution — the love of the population is associated with his image as a paternal and protecting figure, moderate and compassionate with all delinquents, as well as with the practice of quick response to petitions, recommendation to the judges especially of the indigent and widows, and the capacity to supply rice to the entire population⁽⁸¹⁾. The image of the virtuous viceroy was contrasted with the vices of ill-educated Portuguese, the lack of intelligence of the army officers, and their resentment of the glorious acts performed by their subaltern soldiers⁽⁸²⁾. Examples from the Roman times could also stimulate the use of moderation and the control of the passions⁽⁸³⁾. In parallel terms, the evocation of Portuguese heroes from the past could guide this search for a glorious and virtuous life⁽⁸⁴⁾. Imperial government, in this viceregal point of view, was conceived as an individual search for virtues, against all the vices and forms of corruption.

As in his advice to his successor, Alorna's career too can be seen as a function of different forms and features of allegiance. Monarchic patriotism, some allusions to juridical arguments, enlightenment learning, the noble ethos of his family background and commitment to military valour are some of the elements that create a frame of values exemplified by his public life. A close reading of the *Instrução* as a political testament reveals the centrality assumed by the political and moral language of virtues, creating an idealized portrait of a prince or one of his representatives. The same language of virtues has a bearing upon the perception of local political units, in the sense that Oriental kings were represented as corrupt, vicious and lacking the virtues that make a model viceroy. The capacity to perform the same virtues — including prudence in diplomatic negotiations, a just politics of rice, the military defence of the colony, and the ability of the viceroy to be recognized as a paternal

(81) D. PEDRO DE ALMEIDA PORTUGAL, *Instrução do Exmo*, cit., pp. 111-117.

(82) *Ibidem*.

(83) *Ivi*, p. 119

(84) *Ivi*, pp. 119-120.

prince — created a model of governance. Alorna claimed that personal virtues, starting with the health of the viceregal body, constituted the best method of governance. This idealized portrait of good governance is pitted against the regular workings of colonial institutions, and the magistrates embedded in their juridical knowledge. Thus we face an explicit conflict, as the *Instrução* clearly opposes the virtues of the viceroy and the work of colonial law and institutions. One can even wonder if Alorna's view does not correspond to two alternative models of governance and legitimacy: the model of charismatic virtues in contraposition to the role of colonial laws and institutions. However, the force of Alorna's political testament should be assessed only from the point of view of an idealized construction. Other conflicts and forms of opposition — perhaps more important to understand the political dynamic in Goa and the *Estado da Índia* as a whole — were silenced or did not acquire the same visibility in the *Instrução*. Therefore, it has been necessary to read between the lines to get from the same document a perception of: (i) local forms of resistance, namely by simple abandonment of the Goan territory ⁽⁸⁵⁾; (ii) how the local state depended on local credit and rich merchants ⁽⁸⁶⁾; (iii) the conflicts between castes directly related with classificatory policies organized by colonial institutions ⁽⁸⁷⁾; (iiii) and finally, how the viceroy, perhaps in contradiction to his idealized model of governance, used in practice juridical inquiries in order to impose his own authority ⁽⁸⁸⁾.

3. *Violence and the colonial project*

Alexis de Tocqueville's reports on Algeria provide a third case study, located in another time and space: North Africa in the 1840s. In order to understand the reports' meaning and context, one

⁽⁸⁵⁾ D. RAMADA CURTO, *Political Culture*, in *Portuguese Oceanic Expansion, 1400-1800*, eds. Idem and F. Bethencourt, New York, Cambridge University Press, *in print*.

⁽⁸⁶⁾ J. DA CUNHA RIVARA, *Arquivo Portuguez Oriental*, vol. VI, supplements 1-2, cit., pp. 458-463.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, pp. 465-467, 469-471.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, pp. 464-465.

should perhaps accept that they are not necessarily in contradiction to the values and analytic tools Tocqueville used in *La Démocratie en Amérique* (1835) and *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856). Instead of contradiction, the following analysis reveals how Tocqueville's ideas of the French colonial state, including the role of concrete institutions and the uses of law, belong to the same frame of mind that denounced the risks of a centralized state and simultaneously praised the value of liberty and citizenship⁽⁸⁹⁾. It was as a jurist, deciphering the political and constitutional order of societies that Tocqueville reflected upon Western as well as colonial societies.

We know that in a series of letters written in 1828 that are now lost, Tocqueville expressed his ideas about the military occupation and colonization of Algeria⁽⁹⁰⁾. In 1833 he expressed interest in becoming a settler; and in 1837 he published two very well informed letters describing the same territory⁽⁹¹⁾. It seems the year after he read the Quran, and later, as member of the French parliament, he certainly thought of Algeria as one of the most important aspects of French politics⁽⁹²⁾. Thus when Tocqueville arrived in Algiers with his brother Hippolyte and his companion on

(89) Melvin Richter wrote an outstanding and pioneer analysis of Tocqueville thought on colonialism, stressing that his « stand on Algeria was inconsistent with the *Democracy* [La *Démocratie en Amérique*] », *Tocqueville on Algeria*, « The Review of Politics », 25, 1963, p. 362-398. Here is a list of other important works concerning the colonial thought of Tocqueville: M. LAWLOR, *Alexis de Tocqueville in the Chamber of Deputies. His Views on Colonial and Foreign Policy*, Washington, D.C., The Catholic University of American Press, 1959; H. BAUDET, *Tocqueville et la Pensée Coloniale du XIXe siècle*, in *Alexis de Tocqueville. Livre du Centenaire*, Paris, Centre National de la Recherche Scientifique, 1960; A. JARDIN, *Tocqueville et l'Algérie*, « Revue des Travaux de l'Académie des Sciences Morales et Politiques », 4th series, 1962, 1, pp. 61-74; T. TODOROV, *Tocqueville et la Doctrine Coloniale*, in A. DE TOCQUEVILLE, *De la Colonie en Algérie*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1988, pp. 9-34; J. PITTS, *Introduction*, in A. DE TOCQUEVILLE, *Writings on Empire and Slavery*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2001, pp. IX-XXXVIII.

(90) A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes*, vol. XIII, Paris, Gallimard, 1977, pp. 165-225.

(91) A. JADIN in A. de Tocqueville, *Oeuvres*, ed. A. Jadin, vol. I — collaboration F. Mélonio and L. Queffelec, Paris, Gallimard — Bibliothèque de la Pléiade, 1991, pp. 1493-1494.

(92) TOCQUEVILLE, *Oeuvres*, ed. A. Jadin, vol. I, cit., p. 1495.

the voyage to the United States, Gustave de Beaumont on 7 May 1841, he had already acquired a set of ideas about that territory. He stayed for a month, and on 10 June started for France. From the moment of arrival in North Africa, the effort to understand what was going on in that colonial setting set up a series of comparisons: from the sea, the city looked like The Hague; but the melting pot of races and the nervous works of construction soon reminded Tocqueville of Cincinnati transferred to Africa; close to the city of Algiers, it was possible to visualise a landscape similar to Sicily; and Philippeville seemed very American in its spurt from one house to 5000 inhabitants in two years⁽⁹³⁾. The French had also changed the tortuous streets of the Moors to great avenues with arcades. However, the contrast between the civilizations was not only visible through urban and architectural forms — Tocqueville carried within him an orientalist world-view. From the first pages of his diary onwards, it is possible to recreate his opinion regarding « the social and political situation of Muslim and Oriental populations: polygamy, the closure of women, absence of all public life, government characterized by tyranny, by hidden decisions, and by the refusal to express affective links to families »⁽⁹⁴⁾. It seems a banality to suggest — after the influential work of Edward Said — that this form of Orientalism provided a strong justification for colonialism, understood as a way of spreading order and carrying out a civilizing mission in societies unable to develop forms of proper government, where public spaces were absent, and women enslaved. This was indeed Tocqueville's point of departure. In what sense did his travels in Algiers change this view of this colonial society?

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 659-660, 686.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 660. The theme of 'the slavery of women' was previously associated by Montesquieu to despotism (*Lettres Persannes*, LXII, CXLI; *Esprit des Lois*, VII, 9; XVI, 9). In the line of Montesquieu's understanding of despotism, it is possible to suggest that when the government is no longer linked with families there was a destruction of intermediate institutions, or perhaps even more that « each man is isolated », as Montesquieu argued, *Mes Pensées*, in *Oeuvres*, Paris, Seuil, 1964, p. 939. On the construction of French Algeria as the forging of a gaze upon Muslim women, see J. CLANCY-SMITH, *Islam, Gender, and Identities in the Making of French Algeria, 1830-1962*, in J. Clancy-Smith and F. Gouda (eds.), *Domesticating the Empire. Race, Gender, and Family Life in French and Dutch Colonialism*, Charlottesville, University of Virginia Press, 1998, pp. 154-174.

If there was a change, or at least a new colour that modified this view, it is to be found in the insecurity and the recurrent themes of violence to which Tocqueville testifies⁽⁹⁵⁾. The beauty of the area surrounding Algiers cannot be appreciated beyond three miles without the risk of life, he wrote: the colony could become a promised land only if the settlers were allowed to work in their own farms without having to use a gun constantly⁽⁹⁶⁾. The fragmented notes written in May confirm this relation between insecurity caused by a permanent threat of a ubiquitous enemy, and the obsessive need to count guns, canons, and fortresses⁽⁹⁷⁾. But the conception of a colonial state based on a military apparatus immediately imposed a reflection about the financial sources of income and an accurate sense of how to organize a system of taxation⁽⁹⁸⁾. The conception of a fiscal-military state was directly linked to constant references to a tactic of *razzias* in order to threaten and to push the 'Arabs' out of French-controlled territory⁽⁹⁹⁾. An army officer in Philippeville confirmed this sense of violence in direct speech:

« L'autre jour, j'ai fait une razzia. Je regrette que vous n'y ayez pas été. C'était une tribu qui laissait passer sur son territoire des hommes qui venaient nous voler et nous assassiner. Du reste, je n'ai pas voulu pousser à fond les choses: après avoir tué cinq ou six hommes, j'ai épargné les bestiaux »⁽¹⁰⁰⁾.

These notes were kept in a small notebook, in part the direct result of a series of interviews. Tocqueville talked with Colonel Montpezat. He registered the opinion of a local worthy on property and agricultural production: large landholdings were inadequate yet small landowners and field workers were largely absent in the

⁽⁹⁵⁾ For the violence used in the conquest of Algeria, see M. BENNOUNE, *The Making of Contemporary Algeria, 1830-1987*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 36-39.

⁽⁹⁶⁾ TOCQUEVILLE, *Oeuvres*, ed. A. Jadin, vol. I, cit., p. 660.

⁽⁹⁷⁾ *Ivi*, pp. 661-663.

⁽⁹⁸⁾ *Ivi*, p. 663.

⁽⁹⁹⁾ *Ibidem*. On the tactic of *razzias* used in Algeria, Ch. A. JULIEN, *Histoire de l'Algérie Contemporaine*, Paris, Presses Universitaires de France, 1964, pp. 316-320.

⁽¹⁰⁰⁾ TOCQUEVILLE, *Oeuvres*, ed. A. Jadin, vol. I, cit., p. 686.

colony ⁽¹⁰¹⁾. He met the bishop who had mediated between the French and the forces of resistance led by Abd-el-Kader ⁽¹⁰²⁾. The director of public instruction, Alexis Lepêcheux, believed the main problem of the colony was the absence of government, in the sense used in « every civilized country of Europe »: what existed in its stead was military power, habitual use of violence, and an administration, strongly centralized in Paris, incapable of promoting colonization, yet sending out orders that nobody had asked for — « entre les coups d'État du pouvoir militaire et l'arbitraire mille fois plus écrasant de l'autorité centrale ». What the colony needed was simultaneously war and colonization, not war before colonization. With Lépecheux he also talked about the process of land expropriation, and the precarious organization of justice ⁽¹⁰³⁾. Other senior civil servants who also acted as his informants were the director of Interior, the attorney general, and the director of the hospital in Algiers. The last confirmed that the affairs of Algiers were too centralized in Paris, and that this could be considered an exception in a more general French colonial system ⁽¹⁰⁴⁾. During a visit to a small college, Tocqueville observes that the Quran was the source of law, ideas and habits for Muslims; therefore in the absence of an accurate, modern translation the government should order a new one ⁽¹⁰⁵⁾. He also met the president of the High Court, who revealed his conflicts with the administration and the attorney general, in other words, his jurisdictional scraps, confirming the notion Tocqueville already had about the judicial system of the colony: « ici il n'y a ni propriété ni justice » ⁽¹⁰⁶⁾. About Vialar, an ex-magistrate and a great landowner, Tocqueville wrote:

« Son système de colonization (car ici chacun a le sien) est de

⁽¹⁰¹⁾ Ivi, pp. 665-667.

⁽¹⁰²⁾ Ivi, pp. 667-668. On Abd-el Kader: JULIEN, *Histoire de l'Algérie Contemporaine*, cit., pp. 164-209; *Un Héros des Deux Rives, Abd el-Kader* [Exposition du Musée de l'Histoire de France], Paris, Centre Historique des Archives Nationales, 2003; D. RIVET, *Le Maghreb à l'Épreuve de la Colonisation*, Paris, Hachette, 2002, pp. 117-120; B. ÉTIENNE, *Abd el-Kader le Magnanime*, Paris, Gallimard, 2003.

⁽¹⁰³⁾ TOCQUEVILLE, *Oeuvres*, ed. A. Jadin, vol. I cit., pp. 668-671.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 673.

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, p. 675.

⁽¹⁰⁶⁾ Ivi, p. 677.

former des villages de soldats qu' on placerait là plusieurs années, avant la fin du service militaire, et qu' on ferait devenir graduellement propriétaires » (107).

In fact, his effort to summarize the different systems present in the colony is particularly evident when he talks about the two governors of the province of Constantine:

« Le système du général Galbois était de gouverner les Arabes suivant les lois arabes, mais par des Français autant que possible. Le système du général Négrier est de gouverner les Arabes par les Arabes. Beaucoup à dire pour ou contre ces deux systèmes » (108).

In his travel notes he also repeats the conservative perception of a difference between the « Arabs » and the « Kabyles », the former who lived in cities, the other a people from the mountains, very fragmented in their tribal organization — « leur anarchie permanente et leurs guerres intestines » (109). Finally, Tocqueville noticed the natural violence associated with military power, but also the clefs within colonial society, where soldiers harboured deep animosity towards the settler: left without access to land property, the soldiers resented the fact that they needed to put in risk their lives to defend interests and riches of the others (110).

Some months later, in October 1841, Tocqueville sent to his friend Gustave de Beaumont his *Travail sur l'Algérie*, where he provided a much more systematic view of his jotted observations. Beaumont did not write a treatise on the same subject, but did publish a series of articles under the title *État de la question d'Afrique*. From Tocqueville's first draft — a kind of index organized in the beginning in order to provide a systematic approach to the description of the colony — it is possible to trace how Tocqueville reworked his travel notes. In the beginning, he selected two main notions: domination and colonization as the two aspects he could develop simultaneously. Then he tried to divide each notion in analytical terms: on the one hand, domination was

(107) Ivi, p. 679.

(108) Ivi, p. 683.

(109) Ivi, p. 685. The best analysis of this division, with particular attention to French views on the Kabyles, is P. M. E. LORCIN, *Imperial Identities. Sterotyping, Prejudice and Race in Colonial Algeria*, London, I. B. Tauris, 1995, pp. 17-52.

(110) TOCQUEVILLE, *Oeuvres*, ed. A. Jadin, vol. I, cit., p. 687.

associated with war; on the other hand he associated colonization with the need to impose order through a series of laws based on the mother country. With regard to this last process, two questions needed to be asked (following a line of thinking already explicated in his travel notes): could the civil administration be differentiated from the military one? And in what sense could the colony be submitted to a centralized administration? Reinforcing the law of the colonial state as a leading force of the process of colonization, Tocqueville wrote:

« Instabilité de l'état social e politique de la colonie. Ne peut cesser que quand la loi aura tracé le cercle et l'ordonnance royal aura fixé les principaux points au-dedans de ces limites.

Ce que doit faire la loi, l'ordonnance, l'arrête ministerial?

Justice réele et efficace.

Justice administrative réglée et constituée.

Conseil d'État pour élaborer les règlements d'une nature générale.

Administration municipale.

Conseil Colonial.

Nouvelle enquête parlementaire » ⁽¹¹¹⁾.

When Tocqueville began his draft of *Travail sur l'Algérie* the process of colonization was first and foremost a question that involved the construction of a colonial state which could impose the rule of law in a way to attract French settlers in Algeria. Tocqueville was in fact writing in a moment of deep scepticism regarding this process of colonization. Local resistance and military defeats on the ground bred pessimism in French public opinion. Perhaps in order to contradict this general perspective about the future of the colony, Tocqueville presents Europe's colonization of Algeria as inevitable. Within this paradigm, France needed to recognize that to hold back would simply imply substitution by another European nation-state. France would be ushering in her own decline. This patriotic appeal, framed within a clear notion of European competition, constituted the first argument ⁽¹¹²⁾. Another important argument for colonization concerned costs and benefits. Against the opinion that there

⁽¹¹¹⁾ Ivi, p. 758.

⁽¹¹²⁾ Ivi, pp. 691-692.

were no benefits involved in colonizing Algiers, Tocqueville robustly defended the strategic importance of Algerian ports in the Mediterranean, especially with view towards French investments in the port-cities of Mers el-Kébir and Algiers ⁽¹¹³⁾.

The distinction between domination and colonization allowed Tocqueville to draw in British India in his overall assessment. In India, the population had already submitted to the government, directly or indirectly; therefore the British could rule without further colonization. However, for Tocqueville the more general model for European colonization was a direct substitution of the original population by the conquering race (« race conquérante »). Tocqueville looked back to Roman precedent to explicate his ideas: in the case of the Roman Empire two things took place simultaneously, Roman legions conquered the territory, and at the same time they created their own colonies grafting small Roman societies on the beaten land. This combination between domination and settlement, Tocqueville argues, was especially important in North Africa, as it would be very difficult otherwise to subjugate the Arabs. Their nature, in particular their tribal divisions and itinerant ways of life, created several problems of domination — mostly in the field the author called « travail gouvernemental ». Only a settled government could take advantage of internal conflicts among different tribes, distributing armament to some of them in order to defend the interests of the French power, as the Arabs would then function as small and fragmented nations following their individual passions. The only common idea that could possibly integrate the Arabs was religion, and its main expression, understood as a form of fanaticism, could be used successfully against French authority. This was the risk Abd el-Kader, the leader of the resistance — a kind of « Muslim Cromwell » Tocqueville called him — represented. Therefore, pragmatism leads the author to anticipate the need for total domination of the territory in order to obtain at least partial colonization ⁽¹¹⁴⁾.

What were the main means of this form of domination,

⁽¹¹³⁾ Ivi, pp. 692-693. On the controversy around the profitability of Algeria colonization, see BENNOUNE, *The Making of Contemporary Algeria, 1830-1987*, cit., p. 35.

⁽¹¹⁴⁾ TOCQUEVILLE, *Oeuvres*, ed. A. Jadin, vol. I, cit., pp. 694-699.

Tocqueville asked? The question of course had an immediate bearing upon the situation on ground where the French forces faced the armies of Abd el-Kader. The resistance had created an army independent of tribal organization, and Abd el-Kader's growing power, based in chivalry as much as in infantry, constituted a real threat to French domination. Abd el-Kader's military organization, inspired alike by the Turks as well as Europeans, was associated with a well-organised system of tax collection. His efforts could indeed be compared to that of French kings in the past, especially Charles VII, fighting to centralise France against feudal authority. Tocqueville argued Abd el-Kader's fight was not only against the French, but also against the hereditary aristocracy of his country, composed of old and powerful families that he was destroying and substituting by a new elite beholden to his personal authority. Thus, the notion of centralization — used later in *L'Ancien Régime et la Révolution* — is broached by Tocqueville as a central tool of analysis ⁽¹¹⁵⁾.

War implied diplomacy. If it was necessary to divide the enemy, then it meant arms and money had to be distributed to some of the Arabs, entailing direct concourse. In keeping with information gathered during his visit, Tocqueville advocated two ways of making war. One was understood as perennial violence, the killing of every resistant in the Turkish manner, practising a form of barbarism much stronger than the one to which the Arabs were used. This was an extreme pattern of violence that the French could not adopt at any cost, mostly because it was not much different from the one used by the older dominant power in the region, the Turks, with the great difference that at least they had shared with their Arab subordinates the same religion. Another type of warfare that could not, however, be excluded from Tocqueville's calculations included the burning of harvests, the emptying of silos, and the taking of men without arms, women, and children. If Tocqueville was against an extreme form of perpetual war, he was also against the more peaceful voices raised in France. He insistently argued that it was necessary to use the second option:

« On ne détruira la puissance d'Abd el-Kader qu' en rendant

⁽¹¹⁵⁾ Ivi, pp. 699-701.

la position des tribus qui adhèrent à lui tellement insupportable qu'elles l'abandonnent. Ceci est une vérité évidente. Il faut s'y conformer ou abandonner la partie. Pour moi, je pense que tous les moyens de désoler les tribus doivent être employés. Je n'excepte que ceux que l'humanité et le droit des nations réprouvent [...]. Je crois que le droit de la guerre nous autorise à ravager le pays et que nous devons le faire soit en détruisant les moissons à l'époque de la récolte, soit dans tous les temps en faisant de ces incursions rapides qu'on nomme razzias et qui ont pour objet de s'emparer des hommes et des troupeaux » ⁽¹¹⁶⁾.

The practice of these razzias was associated with the existence not of a great army, but with small groups organized around a series of stable points. Sometimes during the year, in order to supply the same troops, it would be necessary to dispose of an expeditionary force. The combination of small groups and large expeditionary forces would, Tocqueville hoped, function as a demonstration of a force eliminating all forms of resistance. In any case, Tocqueville had no doubts about the need to continue the war against the Arabs intensely, more particularly against Abd el-Kader ⁽¹¹⁷⁾. His thoughts about French military domination of Algeria also included more technical questions regarding health, food supply and an effort to solve the problem of tremendous costs implied by the high mortality of soldiers: equally he showed interest in uniforms, selection and recruitment procedures. He also saw the rotation of military contingents as a way of breaking the formation of a military 'caste' composed of French officers habituated to violent actions; once back in the mother country they were potential threats to the liberty of the political system ⁽¹¹⁸⁾.

It was difficult to preview the end of the war, but Tocqueville defended colonization as a long-term commitment. The main quest was to create conditions of stability through the settling of European populations in Algeria. Otherwise: « nous serons campé sur la côte d'Afrique, nous n'y serons pas établis » ⁽¹¹⁹⁾. The author was

⁽¹¹⁶⁾ Ivi, pp. 705-706.

⁽¹¹⁷⁾ Ivi, pp. 701-708.

⁽¹¹⁸⁾ Ivi, pp. 708-715, *maxime* p. 712.

⁽¹¹⁹⁾ Ivi, p. 716.

aware that the work of colonization created new forms of resistance: it was one thing to defeat the government of a population used to domination by foreigners, quite another to take direct possession of the land. The work of colonization implied not only violent action, but also a series of iniquitous measures ⁽¹²⁰⁾. In a gesture of realism, Tocqueville argued again that the efforts of colonization needed to be located in the province around the city of Algiers, putting aside the two other provinces of Algeria. In order to create conditions for colonization, it was necessary first to develop a pacified and secure context following a military plan to implement a well-defended circle of the most fertile lands ⁽¹²¹⁾. It was then necessary to organize the possession of the land, in effect, to regulate the system of property. Once more, Tocqueville faced the need to theorize about the use of violence — not only to think about forms of domination, as he had done before in relation to razzias, but also to elaborate about property rights in the larger context of the colonization process:

« Je suis en général fort ennemi des mesures violentes qui, d'ordinaire, me semblent aussi inefficaces qu' injustes. Mais ici, il faut bien reconnaître qu'on ne peut arriver à tirer parti du sol qui environne Alger qu'à l'aide d'une série de mesures semblables, auxquelles, par conséquent, on doit se résoudre » ⁽¹²²⁾.

If part of the territory belonged to hostile tribes loyal to Abd el-Kader, their land could be confiscated according to Muslim law. This was certainly an opportunistic way of justifying French practice of possessing land through the use of local law. Tocqueville justifies a violent process; he was also aware that for lands that did not belong to hostile tribes, other forms of expropriation — perhaps even more violent — needed to be considered:

« Quant aux terrains soit dans la Mitidja, soit dans le Massif qui n'appartiennent pas aux tribus arabes mais aux Maures, il est utile que le gouvernement les acquière presque tous, soit de gré à gré, soit de force, en les payant largement » ⁽¹²³⁾.

⁽¹²⁰⁾ Ivi, p. 719.

⁽¹²¹⁾ Ivi, pp. 721-723.

⁽¹²²⁾ Ivi, p. 723.

⁽¹²³⁾ Ivi, p. 724.

These two forms of taking possession of indigenous lands was not the most difficult task facing the colonization process ⁽¹²⁴⁾. The fact that absentee landlords possessed the majority of the land around Algiers created a bigger problem of possession without real occupation. As a solution for this situation, Tocqueville proposed forced expropriations organized by a special court in charge of organizing property rights and their limits, and a clear organization of cadastral surveys. In this operation, on each occasion that a landowner did not cultivate his property, the state would have the right to expropriate his lands. And Tocqueville concluded the commentary to this solution by reverting once again to the notion of violence:

« Ce sont là assurément des procédés violents et irréguliers, mais je défie de sortir autrement du dédale où nous sommes » ⁽¹²⁵⁾.

It was now necessary to attract settlers to Algeria. For Tocqueville, all the collectivist systems tried out in Algeria were artificial projects condemned at best to achieving meagre results. By 'collectivist projects' Tocqueville meant the variety of operations, from projects of military colonization oriented towards the settlement of ex-soldiers, who did not bring wives and families, to more economic and religious systems, labelled as Fouriérisme and Saint-Simonisme ⁽¹²⁶⁾. On the one hand, what these projects did was against the tradition and will of the French rural classes, whose allegiance to the village did not offer many opportunities for creating a large body of emigrants to the colony. On the other, these projects were the equivalent to phalansteries which were based on a strong moral and collective discipline. They did not take into consideration the individual energies, in particular the quest for enrichment, which Tocqueville considered the only driving force for large-scale emigration. The values of individualism, understood as the interests of individual settlers and their families, opposed all

⁽¹²⁴⁾ On the process of expropriation of land from the rural population, see BENNOUNE, *The Making of Contemporary Algeria, 1830-1987*, op. cit., pp. 43-50.

⁽¹²⁵⁾ TOCQUEVILLE, *Oeuvres*, ed. A. Jadin, vol. I, cit., p. 725.

⁽¹²⁶⁾ On these systems, see R. GIRARDET, *L'Idée Coloniale en France*, Paris, La Table Ronde, 1972, pp. 40-41.

the different forms of collectivism and utopianism that had so far characterized Algerian colonization ⁽¹²⁷⁾.

The defence of individualism was impossible without some form of state intervention. Tocqueville argued that the situation in Algeria was such that for the moment the French state was obliged to intervene in order to protect the imports from the colony with the imposition of favourable prices. Tobacco was the best example, as Tocqueville urged France to give up America imports in order to protect Algerian production. This opinion was clearly up against current opinion that believed every colony should offer a series of advantages to the mother country. It was also pitted against economic rationality, emphasising the spirit of sacrifice required to make North African settlement a success ⁽¹²⁸⁾.

The colonial state was also called to intervene in a more everyday basis, through a series of institutions regulated by a central authority established in the colony. This was a reaction to arbitrary government in the colony and its extreme weaknesses. There was no central power in the colony — every head of department a figure of authority. All orders proceeded from Paris and were quite often incapable of regulating the work of colonial institutions. Another problem affecting the work of institutions was the lack of coordination and experience provided by a military governor. Therefore, Tocqueville considered it necessary to have in Algiers a head of civil administration able to coordinate and regulate the work of different institutions through the country ⁽¹²⁹⁾.

Tocqueville located citizens at the forefront of a reformed colonial state. They were of course conceived exclusively by their European origins. Their move to the colony, writes Tocqueville, ought to be a result of a voluntary decision: it was necessary to give them in situ enough conditions for their own enrichment. Otherwise they would keep their attachment to the places where they had been born in France, where conditions of life provided different forms of « security and liberty » ⁽¹³⁰⁾. In the colony, settlers had no

⁽¹²⁷⁾ Ivi, pp. 725-729.

⁽¹²⁸⁾ Ivi, pp. 729-730.

⁽¹²⁹⁾ Ivi, pp. 730-735.

⁽¹³⁰⁾ Ivi, p. 735.

access to the traditional division of powers — independent courts, electoral rights, or a free press. The participation of the settlers in local political life was not conceived, and even mitigated forms of representation, through a colonial assembly or a municipal council, were conspicuous in their absence. Yet, a proactive municipal life, Tocqueville argues, was part and parcel of different colonial projects down history, from the Greeks and Romans to the English, and central in terms of giving the settlers a sense of allegiance to their « nouvelle patrie »⁽¹³¹⁾. The deficit in liberty associated with citizenship was further exacerbated by the lack of guarantees provided by high administration. This was due to excessive centralisation in Paris, mentioned above, where the War Council imposed arbitrary rules. In the same military strain of administration, the council of the governor in Algiers was composed by the heads of service who were characterized by their lack of independence and an absence of general perspective. By the same token, if the military direction of the government could sometimes be characterized by violent measures, Tocqueville thought that the constant interventionism of civil power — oppressed in turn by Parisian centralisation and a dominant military authority — produced a real disaster, because each civil servant was not under the control of any other power⁽¹³²⁾.

The courtroom was another arena where the settler/citizen found no guarantees. All cases were directly controlled by prosecuting counsel, and it was he, and not the examining magistrate, who ordered every single investigation or detention. The profession of independent lawyer was almost inexistent⁽¹³³⁾. Nor was there any guarantee of private property: the army could seize the farmer's produce; his lands could also be expropriated by the civil administration under the pretext of public utility⁽¹³⁴⁾. The nature of ad hoc interventions and the lack of judicial guarantees had a bearing upon the orientation of exceptional and permanent change in the

⁽¹³¹⁾ Ivi, p. 737.

⁽¹³²⁾ Ivi, pp. 737-738.

⁽¹³³⁾ Ivi, pp. 739-740.

⁽¹³⁴⁾ Ivi, pp. 740-742.

colony, and Tocqueville is vociferous in his criticism of the constant innovations in French law in Algiers:

« Au lieu d'importer simplement dans la colonie les usages et les lois judiciaires de France, on les a modifiés de mille manières; de telle sorte qu'au milieu de cette confusion causée par le mélange de la législation française et des arrêtés coloniaux, la jurisprudence flotte incertaine et les juges prononcent à peu près au hasard. C'est ce que la plupart d'entre eux m'ont avoué. Cette introduction d'un système nouveau de justice est une grande faute en admettant même que les innovations fussent bonnes, car il n'y a rien que les Européens tiennent plus en s'expatriant qu'à retrouver dans le pays nouveau les usages judiciaires don't ils ont contracté l'habitude dans la métropole. Je dirai, de plus, qu'à mon sens, plusieurs de ces innovations sont, en elles-mêmes, fort malheureuses [...].

Non seulement les colons ne trouvent point en Algérie les institutions tutélaires qui existent dans leur patrie, mais ils ignorent absolument quelles sont les institutions qu'ils auront demain. Aucune partie de la société française d'Algérie ne repose sur la loi. L'ordonnance royale elle-même ne règle que quelques matières, plusieurs des plus importantes ne sont régies que par des arrêtés ministériels qui peuvent dans l'ombre d'un bureau et suivant [le] caprice d'un commis être modifiés chaque jour » (135).

The flux of laws and institutions that characterized the government of the colony — where even the enormous legislative power of the governor was based in a simple « arrêté ministerial » — affected the very basis of society. Even in old European societies, regulated by tradition, habit, and routines, constant change was unacceptable; in a new society devoid of such checks and balances, permanent changes in the domains of law and institutions could quickly become intolerable (136).

Tocqueville's colonial project conceded an immense importance to the role of law or, at least, to royal orders in the creation of a new and stable society. Even exceptional situations in the colony should be anticipated in legal terms. Only through the creation of a legal framework for the colony would it be possible

(135) Ivi, pp. 742, 744.

(136) Ivi, p. 744.

to demonstrate to other nations and to potential settlers that the French were actively interested in colonizing Algeria. A small number of laws would organize the constitution of a new colonial society, followed by a series of royal orders and « arrêlés ministériels » However, Tocqueville insisted that the governor general should not have the authority to legislate on everything under pretext of emergency provisions. In Paris, the War Office should not continue to be responsible for the administration of Algeria: a new state department should be directly involved in the administration of French colonies, including Algeria, where a civil governor could be in overall charge. And following the precedent of the British in India, Tocqueville proposed the formation of a council to aid and monitor the governor's authority; the council would also be in charge of preparing, controlling, and upholding the different rules ⁽¹³⁷⁾.

Tocqueville was clearly against the adoption of exceptional measures in the government of the colony. He claimed that it was important for settlers to find in the colony a reproduction of what they knew as the perfect image of their homeland. This was, in fact, the model of colonization followed by the Greeks, Romans and English. In order to demonstrate this claim, Tocqueville argued that the existence of different populations in Algeria could not be evoked to justify an umbrella legal system; each society deserved a distinct legal system:

[...] la société musulmane et la société chrétienne n'ont malheureusement aucun lien, qu'elles forment deux corps juxtaposés, mais complètement séparés. Ils savent que tous les jours cet état de choses tend à s'accroître par des causes contre lesquelles on ne peut rien. L'élément arabe s'isole de plus en plus et peut à peu se dissout. La population musulmane tend sans cesse à décroître, tandis que la population chrétienne se développe sans cesse. La fusion de ces deux populations est une chimère qu'on ne rêve que quand on n'a pas été sur les lieux. Il peut donc et il doit donc y avoir deux législations très distinctes en Afrique parce qu'il s'y trouve deux sociétés très séparées. Rien n'empêche absolument, quand il s'agit des Européens, de les traiter comme s'ils étaient

⁽¹³⁷⁾ Ivi, pp. 745-750.

seuls, les règles qu'on fait pour eux ne devant jamais s'appliquer qu'à eux » (138).

Tocqueville was also interested in limiting to a maximum the domain of exceptional measures in the colony. He admitted that political liberties — free elections, free press, and jury trial — ought to be suspended in Africa. However, for the rest, it was necessary to reproduce in the colony what already existed in France: settlers should be represented at least in a kind of indirect form by counsel; they also needed to be fully represented at the level of municipal power; a clear distinction between civil and military jurisdiction was another condition for a good colonial state; every expropriation had to be regulated, in order to eradicate arbitrary measures; and above all a true judicial system needed to be implemented reproducing in Algeria what one could find in France. The last was essential in order to provide new settlers with a basic guarantee of life and liberty.

On the contrary, for the indigenous population (as European justice could be considered slow) Tocqueville advocated counsels of war (139). The conception of two legal systems, one for the French settlers and another for the indigenous population, mostly Arabs, corresponded to a simple transfer of the French laws and institutions for the French settlers, and to the admission of exceptional measures for the Arabs. Following his own words:

« Quant aux procès entre les indigènes ou entre indigènes et Européens, ce sont des cas exceptionnels pour lesquels on a déjà établi une procédure exceptionnelle qu'on peut sans inconvénient conserver » (140).

In November 1846, Tocqueville travelled to Algeria once again, touring the region between Algiers and Oran. Outside Algiers, he visited a series of villages of colonization, and also took in Philippeville and Constantine before returning to France at the end of the year. The year after, he published two large articles on Algeria

(138) Ivi, p. 752.

(139) These military tribunals were regulated by the *Ordonnances* of 28 February 1841 and 26 September 1842, M. BRETT, *Legislating for Inequality in Algeria: the senatus-consulte of 14 July 1865*, « Bulletin of the School of Oriental and African Studies, University of London », 51, 1988, 3, p. 442.

(140) TOCQUEVILLE, *Oeuvres*, ed. A. Jadin, vol. I, cit., p. 757.

in *Le Moniteur Universel*. These two articles were in fact reports written under the demand of a parliamentary commission set up to discuss two projects of law in the colonies submitted by the government. The first article dealt with extraordinary credit for the colonization of Algeria; the other concerned the creation of military colonies. Both articles depend once more on Tocqueville's travel notes. In one of them, he again claimed it was necessary to make available a manual of Muslim Law ⁽¹⁴¹⁾. In fact, it seems that his second visit to Algeria had reinforced his conviction that it was difficult to have both populations under the same government. The systematic organization of his articles published in 1847 — where notions of military violence tended to disappear as the consequence of newer contexts — reflect the same division explicated earlier: (i) domination of the indigenous population: limits, means, and principles; (ii) administration of the European citizens: forms and rules; (iii) colonization: its setting, condition, and proceedings ⁽¹⁴²⁾. In 19 December 1848, the Minister of War appointed Tocqueville as president of the *Commission de Révision de la Législation Algérienne*. In his open address to that commission, Tocqueville had this to say about the Muslim population in Algeria: « Ils sont comme des étrangers qui ont des consuls » ⁽¹⁴³⁾. In fact these statements about different systems of law ascribed respectively to French citizens and to the Arabic population found their main justification in an old philosophy of history, where the Arabs were seen as half savages, half civilized ⁽¹⁴⁴⁾.

Briefly then, Tocqueville's plans for Algeria are clearly based in the creation of a colonial state. In 1841, in the face of local resistance, this state was depicted as a project of systematic military actions, including the use of violence and even a policy of terror. This state ought also to be seen as an instrument of colonization; it needed to create an administrative order (centralized in Algiers,

⁽¹⁴¹⁾ Ivi, p. 774.

⁽¹⁴²⁾ Ivi, p. 799.

⁽¹⁴³⁾ Archives Nationales. Dépôt d'Outremer, Aix-en-Provence, Archives du Gouvernement Général de l'Algérie — 1H5, Correspondance, Affaires Arabes; Commission de Révision, 1848, quoted by BRETT, *Legislating for inequality in Algeria*, cit., p. 449.

⁽¹⁴⁴⁾ TOCQUEVILLE, *Oeuvres*, ed. André Jadin, vol. I, cit., pp. 698, 702, 707.

not in Paris) and the necessary conditions to impose the rule of law. The imposition of French law, with some adjustments to the situation in the colony, was considered the only method to attract French settlers to Algeria. However, « le choix irréversible de la francité » for Algeria, to use historian Daniel Rivet's expression, was fully articulated in the creation of religious, racial and legal differences between the French settlers and the Arabs (as well as the Kabyles; in 1841, Tocqueville did not refer to the Jewish community) ⁽¹⁴⁵⁾. Under these conditions, it is hard to see Tocqueville's colonial project in terms of assimilation or collaboration, two concepts used in French colonial thought later on in the nineteenth century ⁽¹⁴⁶⁾. In fact, exclusion or separatism — and a clear defence of the use of violence — seem more appropriate as notions to characterize the colonial system envisaged by Tocqueville.

4. *Comparative notes*

Despite the caveats voiced in the beginning, the analytical exercise of closely reading the three case studies authorizes a few broad notes on the history of colonial law and institutions. Generalizations should, however, be made with utmost care. First, the methodological assumption that oriented the reading of the three sets of documents was intentionally philological, and the main goal was to identify the meaning and the right context for the textual sources. However, it was by no means argued that all reality

⁽¹⁴⁵⁾ RIVET, *Le Maghreb à l'Épreuve de la Colonisation*, cit., p. 114. In fact, the creation of differences in Algeria reproduces the same idea that have been already noticed about Tocqueville and Beaumont respecting the United States: « They accepted the pessimistic view that blacks and whites could not live freely side by side », W. B. COHEN, *The French Encounter with Africans. White Response to Blacks, 1530-1880*, foreword by J. D. Le Sueur, Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press, 2003, p. 194.

⁽¹⁴⁶⁾ R. F. BETTS, *Assimilation and Association in French Colonial Theory 1890-1914*, New York, Columbia University Press, 1961; GIRARDET, *L'Idée Coloniale en France*, cit., pp. 21-171; J. J. COOKE, *New French Imperialism 1880-1910: The Third Republic and Colonial Expansion*, Newton Abbot, David and Charles; Hamden, Connecticut: Archon Books, 1973, pp. 21-22; V. DIMIER, *Le Gouvernement des Colonies, Regards Croisés Franco-Britanniques*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.

governing the discourses under scrutiny ought to be reduced to the status of textual representation. The different forms of resistance opposing colonial laws and institutions clearly show there was always an ample field of concrete action that transcend, and are only scarcely represented by, textual discourse. Second, if the cases of León Piñelo, Marquis de Alorna, and Alexis de Tocqueville do suggest forms of consciousness of the role played by colonial law over three centuries and in three continents, we are still very far from a construction of any comparative frame of analysis concerning the functioning of law and institutions in the larger process of European expansion. The nature of individual colonial encounters in Spanish America, Portuguese India, and French North Africa leaves vast territories of European subjugation outside the scope of our analysis: from Brazil to the Caribbean Islands and North America, from sub-Saharan Africa to British India and Dutch Southeast Asia. With these reservations firmly in mind, we search for precision in our own encounter with colonial law and institutions.

The first note concerns how colonial societies have been perceived, in particular the conquered, dominated, and voiceless groups. The historiography of colonial societies and post-colonial literary criticism have stressed at least four often contradictory features of European colonial knowledge: it was self-centred, based on a series of projections, and unable to perceive the real nature of local societies; it was composed of different layers of information including different forms of local knowledge; it could involve different forms of criticism and deprecation of imperial power; and more than an element inside a totalitarian form of control, colonial knowledge could itself be used to reconstruct the agency, and even the resistance, of the social groups living under imperial and colonial violence. In the three cases analysed above, there are elements that illustrate each of these contradictory interpretations. However, they also contain other elements pointing to a new, and perhaps more accurate, argument regarding the perception of colonial societies by the agents who participated in their making.

In fact, one of the common features of the colonial projects of León Piñelo, Marquis de Alorna, and Tocqueville is that their meaning is heavily dependent upon a context of strong competition

between different projects, as well as competition among various agents, authorities, and institutions. Competition defines the context within which these three writers develop their projects. One can argue that the notion of competition is too simple to encompass a variety of disputes, forms of opposition, conflicts, and attitudes of resistance embedded in the projects under examination. One can also argue that to ascribe competition to a certain scenario is only one way of attributing variety and complexity to situations that deserve a better interpretation. But, if one stresses the different forms of competition that characterized the three projects of colonial law, it will be easier to grasp the sense of contradiction and tension inherent in any form of colonial knowledge.

A significant feature of this form of competition is directly related to the existence of a plurality of powers in a colonial setting — different jurisdictions, institutions, political languages, sources of law, and individual agents. Thus within such a setting, one can talk of a homogenous colonial state only as an abstraction; what the three projects show instead is mostly a set of heterogeneous units in competition. The various changes in the classificatory schemes employed by Antonio de León Piñelo reveal how difficult it was even for a single writer to define the nature of Spanish colonial law and establish the hierarchy of institutions that constituted the colonial state. The report of the Marquis de Alorna shows how political languages and forms of political practice — based on idealized virtues and the practical role of individuals — could be opposed to the function of state institutions, mostly councils and courts formed by magistrates. Tocqueville's travel notes, and the outline of his plans for a successful colonization of Algeria demonstrates the presence of competing projects and provides proposals for the solving of conflicts between different powers (military against civil, Paris against Algiers). In any case, it is possible to recreate the context of competition within which each writer worked, and to use their texts as providing partial views about the plurality of powers and legalities defining the colonial state.

The dynamics of politics in a colonial setting reconstructed by the analysis of the three cases — located at the heart of different configurations of what can be called the colonial state — should be based on the following features: the existence of strong competition

among colonial projects concerning the role of law and institutions, the conflicts between powers and jurisdictions, the many sources of law, and the existence of various political languages. Nevertheless, it is worth questioning whether this political dynamic was invested by a form of autonomy — that kept the domains of law and institutions separate — or if the social interests represented by individuals or concrete groups controlled the political game. This tension between autonomy and social determination of colonial politics is not the equivalent of a conception where law and institutions work as a façade vis-à-vis the so-called *intereses creados*. On the contrary, it is important to treat seriously both elements in order to understand better the role of colonial law and institutions. Of the three cases analysed, León Piñelo is perhaps the strongest example of that autonomy. A study of his ambition to provide a general and systematic picture of the colonial state, only occasionally allows a glimpse of the interests behind his life-long project of codification. His career and family interests can be used as a guide, but the effort to accommodate himself within the heterogeneous views and institutions of the Colonial state (*Patronato, encomienda, cabildos, audiencias*, etc.) certainly have a bearing on his defence of group interests competing for colonial resources and opportunities. The report of the Marquis de Alorna in contrast presents perhaps the clearest demonstration of how well established interests — even inside the machinery of the colonial state — determined the orientation of institutions and uses of law. Finally, the systematic project for the reform and implementation of a colonial state in Algeria, as proposed by Tocqueville, exemplify a strong will to overcome the positions already taken by groups and individual interests.

A last note concerns what would once have been considered as genetic comparison, and can now be formulated in terms of a simple question: are the three cases representative of a change in the way of understanding the process of European expansion? Can we use as units of comparison such divergent cases as the century-old Spanish Empire in the New World in the seventeenth century, the resilient Portuguese *Estado da Índia* of the mid-eighteenth-century, and the emergent French colonization of North Africa in the 1840s? The doubts highlighted by our earlier questions cannot

but be confirmed in the range and variety of situations suggested by the last interrogation. Yet the aim of this paper, based on three case studies, has been to re-envisage older chronologies of European expansion and different forms of imperialism and colonialism associated with each period. The two dominant features of contemporary studies of empire are first, an anthropological perspective which emphasizes the role of local societies, diminishes the role of European colonial states, and proposes alternative concepts such as the notion of a network to understand the operation of colonial societies; the second paradigm concentrates the age of imperialism in the last third of the nineteenth century. Deviating from this well-trodden path, this paper tries to follow Christopher Bayly's advice on taking a time-long view of imperialism ⁽¹⁴⁷⁾. Without proposing any linear treatment of the imperial process, the three cases intend to provide examples of how law and state institutions worked in colonial situations over and across different time frames. Even in the case of weak colonial configurations in relation to other local powers and different forms of resistance — as in Goa or Algeria — it is possible to identify colonial projects that were clearly state-oriented. In both cases, the notion of network should be understood more as an anachronistic projection of social science jargon than as a useful tool for analysis ⁽¹⁴⁸⁾. In the case of León Piñelo on the other hand, what is more striking is the fact that an empire that has been traditionally seen as a centralized political system does not fit very well within such a hesitating and changeable view of colonial laws and institutions.

⁽¹⁴⁷⁾ C. A. BAYLY, *The Birth of the Modern World 1780-1914*, Malden, Mass., Blackwell, 2004.

⁽¹⁴⁸⁾ « Interconnections and networks seem to speak of dialogue and accommodation, rather than of dominance », *ivi*, p. 475.

MARIO PICCININI

THE FORMS OF BUSINESS

IMMAGINARIO COSTITUZIONALE E GOVERNO
DELLE DIPENDENZE

The dreams of men, the seed of commonwealth, the germs of empires [...] The conquest of the earth, which mostly means the tacking it away from those who have a different complexion or slightly flatter noses than ourselves, is not a pretty thing when you look into it too much. What redeems it is the idea only. An idea at the back of it; not a sentimental pretence but an idea; and an unselfish belief in the idea — something you can set up, and bow down before, and offer a sacrifice to [...]

JOSEPH CONRAD, *Heart of Darkness*

1. È noto che la vicenda parlamentare che portò all'estinzione della *East India Company*, o, più esattamente, del suo ruolo di governo su larghe parti del sub-continente indiano, ebbe un percorso tutt'altro che semplice. L'insurrezione indiana che aveva avuto uno sviluppo inarrestabile con la rivolta nel marzo del 1857 delle truppe della Compagnia di stanza a Meerut — la memoria coloniale la ricorderà come *the Great Mutiny* — ebbe in Gran Bretagna un impatto politico ed emozionale enorme, scuotendo definitivamente il precario compromesso che ancora nel '53 aveva garantito alla Compagnia una sopravvivenza indefinita, anche se condizionale e *pro tempore* ⁽¹⁾. L'improrogabilità nell'agenda parlamentare della ridefinizione del rapporto con l'India si sovrappose tuttavia alla fragilità degli equilibri usciti dalle elezioni tenutesi nella

⁽¹⁾ 16 & 17 Victoria, c. 95. Il *Charter Act* del 1853 negava alla Compagnia il rinnovo ventennale cui la legislazione la sottoponeva dal 1773 e ne riaffermava l'esistenza « until Parliament shall otherwise provide ».

primavera dello stesso anno. Quando arrivò in Parlamento, la questione indiana si presentò fortemente sovradeterminata da questioni di schieramento e di partito che non cessarono di interferire nell'*iter* dello *statute* che doveva assicurare il passaggio dell'India sotto la diretta autorità della Corona e la conseguente riconfigurazione del *home government* attorno alla figura ministeriale di un Segretario di Stato per l'India. Ci vollero parecchi mesi di dibattito, un cambiamento di governo e diverse riformulazioni perché la proposta *originariamente avanzata da Palmerston nel febbraio del 1858* ⁽²⁾ trovasse esito e svestisse la Compagnia d'ogni potere sui territori da essa finora posseduti o governati « in trust for Her Majesty », spostando radicalmente la percezione britannica della propria dimensione imperiale e introducendo nella vicenda dell'Impero una cesura, paragonabile forse per rilevanza solo all'evento, in un certo senso opposto, della perdita delle colonie americane ⁽³⁾. Certo è che nell'inverno tra il '57 e il '58, mentre le notizie provenienti dall'Asia permettevano che il clima d'angoscia rientrasse (vale tuttavia ricordare che la 'pacificazione' dell'India fu proclamata solo l'8 luglio, venticinque giorni prima che il *Bill* proposto dal nuovo governo e approvato in aula ricevesse l'assenso reale, diventando esecutivo ⁽⁴⁾) e raggruppamenti assai mobili

(2) H. TEMPLE (Viscount Palmerston), *Leave to Introduce a Bill on the Government of India* (12 Feb., 1858) in *Speeches and Documents on Indian Policy, 1750-1921*, a cura di A. Berriedale Keith, London-Oxford, U.P., 1922, pp. 319-342. Sull'intera vicenda cfr. il dettagliato lavoro di A. HAWKINS, *British Parliamentary Alignment and the Indian Issue, 1857-1858*, « The Journal of British Studies », 23, 1984, 2, pp. 79-105.

(3) A trent'anni di distanza, Henry Sumner Maine in una ricostruzione della storia indiana sotto la regina Vittoria certo lontana dalle argomentazioni dei critici della Compagnia, insisterà sulla portata storica del passaggio dell'India alla Corona: « whether intended or not, the changes effected by statutes of 1858 and 1861 have been prodigious. Possibly without design, Parliament swept away the obstacles to a transformation as remarkable as has been the development of any Western country. If this language appears extravagant, the cause must be sought in the superficiality of the attention given to Indian affairs in this country »: H. S. MAINE, *India*, in *The Reign of Queen Victoria. A Survey of Fifty Years of Progress*, a cura di T.H. Ward, London, Smith, Elder & Co., 1887, pp. 460-528; citazione da p. 483. Il testo di Maine, l'ultimo suo pubblicato in vita, è da tenersi presente anche per l'ampio spazio che vi trova il tentativo di comprendere le ragioni della rivolta dei Sepoys all'interno di una concezione del carattere derivato del *custom*.

(4) 21 & 22 Victoria , c. 106.

ridisegnavano gli scenari politici, la *East India Company* e i suoi uomini cercarono alacremente di contrastare, o almeno di condizionare, un destino che agli occhi dei più appariva irrimediabilmente segnato, tramite un'intensa attività di *lobbying* che, se principalmente rivolta al mondo parlamentare, non rinunciava tuttavia a prospettare senza intermediari le proprie tesi davanti all'opinione pubblica. Tra gli opuscoli che, a fianco della *Petition* e del contemporaneo *Memorandum*, indirizzati entrambi ai Comuni, furono apprestati e fatti sollecitamente circolare per perorare le ragioni della sopravvivenza del governo indiano della Compagnia, uno merita, almeno per i nostri scopi, una particolare attenzione.

A Constitutional View of the Indian Question ⁽⁵⁾ è un opuscolo di poche pagine, senza indicazione dell'autore e senza specificazione di data altra da quella dell'anno, anche se è ragionevole supporre che la sua redazione sia di poco successiva alla fine del marzo 1858, quando un nuovo *Bill* sull'India venne ripresentato ai Comuni da Disraeli a nome del nuovo governo. Nello spettro delle argomentazioni in campo, esso ne seleziona una sola, iterandola con insistenza. I nemici della Compagnia — vi si sostiene — affermano che il 'doppio governo' dell'India sia una sostanziale anomalia e che il parlamento debba ora cancellarla. Eliminare tuttavia il cosiddetto 'doppio governo' vuol dire porre l'intera amministrazione dell'India nelle mani di un ministro, privato oltretutto di un qualsiasi effettivo contrappeso dalla dotazione di un consiglio meramente consultivo e perciò privo di un potere reale. Ciò che ne consegue è « an ominous advance in that centralisation of all the functions of Government in the hands of the Cabinet, so justly deprecated by the soundest thinkers, whether of Liberal or Conservative opinions ». L'eliminazione della Compagnia rappresenta dunque un attacco a quei corpi intermedi che, facendosi carico dell'amministrazione degli affari locali e particolari, permettono al governo imperiale di limitare la propria azione ordinaria agli affari *generali*. Che si tratti di specifiche porzioni del regno o che in questione sia la più estesa delle sue dipendenze all'estero, l'esistenza di corpi intermedi rivolti innanzi tutto ad amministrare la quotidianità della vita sociale configura, « next to a national representation, the most

⁽⁵⁾ London, Penny, 1858.

important of all political principles » su cui le istituzioni britanniche si reggono. « These are not new doctrines », ma principi costituzionali che, radicati nella storia, fanno la differenza dell'esperienza britannica, come d'altra parte riconoscono i più assennati tra i pensatori degli altri paesi, che proprio nella stretta subordinazione della condotta degli affari locali al governo centrale vedono la « great cause why the principal nations of the Continent, among all the revolutions, have never yet succeed in acquiring liberty ». Il confronto con il Continente permette alla costruzione retorica del testo di raggiungere il suo acme: nell'assalto alla Compagnia viene adombrata una minaccia alla *libertà* inglese. È un'argomentazione a coloritura forte, non del tutto usuale nella sua estremizzazione in un dibattito centrato in gran parte su meriti e demeriti, passati e presenti, della *East India Company* e suscitato dagli uomini della Compagnia con l'obiettivo prioritario di strappare al parlamento una ulteriore dilazione facendo leva sull'inopportunità di andare a una decisione a crisi indiana ancora aperta.

La caduta di Palmerston aveva costituito un momento di tregua, peraltro subito smentito dalla pronta ripresentazione del *Bill* sull'India da parte del governo *tory* guidato da Lord Derby e che aveva Disraeli come *Chancellor of Exchequer* ⁽⁶⁾. L'argomentazione dell'opuscolo trovava la propria *ratio* nel tentare, in un momento di crescente tensione, un'interlocuzione trasversale rispetto ai raggruppamenti di partito, mescolando accortamente a questo scopo elementi tratti dall'immaginario della *Ancient Constitution* e più moderne preoccupazioni per i processi d'accentramento politico, cui contrastivamente alludeva la notazione sui destini continentali della macchina statale, il cui carattere centralizzatore *tutte* le rivoluzioni europee e prima tra tutte la *Révolution* per antonomasia, quella francese, avevano finito per validare e rafforzare. Essa andava dunque a sottolineare un duplice problema: quello di un *vulnus* 'costituzionale' che in qualche modo il *Bill* sull'India contribuiva a portare alla tradizionale configurazione del *government* britannico e quello che, proprio a partire dalla constatazione di tale *vulnus*,

⁽⁶⁾ *A Bill to Transfer the Government of India from the East India Company to Her Majesty the Queen* (26 March 1858)

necessariamente si poneva nella definizione costituzionale del governo dell'India. Bisognerà tornare su questo punto.

Non stupirà riconoscere dietro l'anonimo autore di *A Constitutional View* la penna di colui che proprio la vicenda terminale della *East India Company* ci rivela come uno dei più fedeli, forse *il più fedele* tra i suoi servitori: quel John Stuart Mill, che, dopo una carriera alla *India House* iniziata nel lontano 1828 sulle orme del padre, nel 1856 era addivenuto a una delle posizioni più eminenti all'interno della Compagnia (7). È quasi un luogo comune storiografico che Mill abbia sempre mostrato di tenere accuratamente separate la posizione nella Compagnia, fonte di sostentamento e occupazione lavorativa essenzialmente private, e il proprio ruolo pubblico di *uomo di libri* (8). Fa tuttavia eccezione uno dei rari passi dell'autobiografia dedicati alla sua lunga permanenza in Leadenhall Street, dove, ricordando gli ultimi anni alla *India House*, egli indica un raccordo tra i due piani quanto mai significativo per il nostro contesto. « In 1856 I was promoted », egli scrive nel settimo capitolo, « to the rank of chief of the office in which I had served

(7) Per l'attribuzione cfr. *Bibliography of the Published Writings of John Stuart Mill*, a cura di N. MACMINN *et alii*, Evanston, Northwestern U.P., 1945, p. 91. Il testo è ora riprodotto in J.S. MILL, *Writings on India*, a cura di J.M. ROBSON, M. MOIR and Z. MOIR, Routledge, London, 1990, pp. 175-178 (CW XXX). Le citazioni sopra riportate sono riprese dalle pp. 175-176.

(8) Il giudizio espresso da ERIC STOKES nel suo autorevole *The English Utilitarians and India*, Oxford, Clarendon Press, 1959, pp. 49-50 che la condotta di Mill alla *India House* aveva poco o nulla a che fare con i suoi prioritari interessi teorici ha ben rappresentato il lato 'indiano' del pressoché assoluto disinteresse — in buona parte perdurante ancora oggi — degli studiosi del suo pensiero per questo aspetto tutt'altro che marginale della biografia milliana. Il congedo da questo autentico blocco della ricerca è testimoniato, con qualche esitazione, dai saggi di A. L. HARRIS, *John Stuart Mill: Servant of the East India Company*, in « The Canadian Journal of Economics and Political Science », 30, 1964, 2, pp. 185-202 e di R.J. MOORE, *John Stuart Mill at the East India House*, in « Historical Studies », 20, 1982-83, no. 81, pp. 497-519 e conclamato con decisione da L. ZASTOUPIL, *J.S. Mill and India*, « Victorian Studies », 32, 1988, 1, pp. 31-54, poi sviluppato nel volume *John Stuart Mill and India*, Stanford, Stanford University Press, 1994, che ha imposto una vera e propria svolta di paradigma. Sulla battaglia condotta da Mill contro l'abolizione della Compagnia il contributo più mirato è il buon intervento di D. M. PEERS, *Imperial Epitaph: John Stuart Mill's Defence of the East India Company in J.S. Mill's Encounter with India*, a cura di M. MOIR, D.M. PEERS and L. ZASTOUPIL, Toronto, University of Toronto Press, 1999, pp. 198-220.

for upwards of thirty-three years. The appointment, that of Examiner of India Correspondence, was the highest, next to that of Secretary, in the East India Company's home service [...]. I held this office as long as it continued to exist, being a little more than two years; after which it pleased Parliament, in other words Lord Palmerston, to put an end to the East India Company as a branch of the government of India under the Crown, and convert the administration of that country into a thing to be scrambled for by the second and third class of English parliamentary politicians. I was the chief manager of the resistance which the Company made to their own political extinction, and to the letters and petitions I wrote for them, and the conclusive chapter of my treatise on Representative Government, I must refer for my opinions on the folly and mischief of this ill-considered change »⁽⁹⁾. Mill, affermando di avere in prima persona organizzato e gestito la resistenza contro il *Bill* indiano, non solo si faceva apertamente carico di un passaggio della vicenda della Compagnia che l'aveva imposta al centro dello spazio *pubblico*, ma, pur retrospettivamente, dava ad esso una valenza d'immediata congruità e coerenza con una delle sue maggiori prestazioni di carattere teorico com'erano le *Considerations on representative government* del 1861, di cui non esitava a individuare la più importante rettifica nei confronti della propria produzione precedente riguardo alla politica, il suo allontanamento cioè da una teoria della democrazia *pura*⁽¹⁰⁾.

Analogamente non è difficile indovinare *chi* l'autore di *A Constitutional View* avesse più di tutti in mente, quando a proprio favore richiamava la sensibilità di « all sound thinkers in other countries ». Sottolineare la pluridecennale connessione tra Mill e Tocqueville potrebbe sembrare ridondante, se proprio i tardi anni Cinquanta non registrassero, a partire da *On Liberty*, il ritorno negli scritti di Mill di un esplicito apprezzamento nei confronti di Tocqueville dopo un silenzio protratto per più di un quindicennio e che testimoniava *anche* della sostanziale freddezza subentrata nei

⁽⁹⁾ J.S. MILL, *Autobiography and Literary Essays*, a cura di J.M. ROBSON and J. STILLINGER, Toronto, University of Toronto Press/London, Routledge, 1981, p. 249 (CW I).

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*, p. 199.

loro rapporti. Nella lista degli inglesi cui inviare copia fresca di stampa di *L'Ancien Régime et la Révolution* fornita da Tocqueville all'editore Michel Lévy nel giugno del '56 il nome di Mill figurava tra i primi e un implicito rimando a quest'opera del passo di *A Constitutional View* pare più che plausibile. Vedervi un'anticipazione cursoria dello 'scongelo' che si renderà evidente nelle opere successive è già più azzardato, ma può sorreggere una suggestione tanto poco rigorosamente suffragabile quanto utilmente avventurosa, se ci si sofferma per un momento su *che cosa* l'allentamento del sodalizio intellettuale tra Tocqueville e John Stuart Mill era venuto determinandosi.

2. Il punto di crisi dei loro rapporti risaliva agli inizi degli anni Quaranta. Il Trattato di Londra del 15 luglio 1840 aveva escluso la Francia dal concerto europeo per l'influenza sul Mediterraneo, tagliandola così fuori dalle direttrici che, nella crisi dell'Impero Ottomano, puntavano a Oriente ⁽¹¹⁾. Nei giorni della crisi anglo-francese Tocqueville non aveva esitato a prendere sul serio nei suoi interventi parlamentari la possibilità di una guerra che coinvolgesse la Gran Bretagna e si era risolto ad appoggiare Thiers, sul cui ruolo Mill dava un giudizio affatto negativo e che, nella propria ostile equidistanza, non aveva esitato ad accomunare a Palmerston nel desiderio di vedere impiccati entrambi ⁽¹²⁾. La lettera che Tocqueville scrive a Mill nel marzo del '41 tuttavia è qualcosa di più che il mero tentativo di rendere ragione del proprio operato dei mesi precedenti. Se ogni sospetto di animosità anti-britannica rivolta nei suoi confronti è rigettata con forza, ciò che maggiormente gli preme è sottolineare il carattere non incidentale della propria condotta, cercando di coinvolgere l'interlocutore in nome di quella che potremmo chiamare una sorta di weberiana *serietà* nel proprio giudizio negativo sul partito 'pacifista'. La vita parlamentare francese, stretta nella morsa dell'alternativa tra lo sciovinismo vocante e populista dell'opposizione e il distratto pacifismo ad ogni costo

⁽¹¹⁾ È merito di H.O. PAPPÉ di aver individuato con lucidità la questione nel suo *Mill and Tocqueville*, in « Journal of the History of Ideas », 25, 1964, 2, pp. 217-234, sul punto pp. 221-224. Non mi pare che sia stata ripresa significativamente nella pur ampia letteratura successiva.

⁽¹²⁾ Mill to Tocqueville, 30th December 1840, in A. DE TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 1951 e ss. (d'ora in avanti Oc), Vv/1, pp. 131-133.

dei governativi, subiva un insostenibile blocco e solo un'attitudine di effettiva fermezza, capace di non recedere di fronte al caso critico, era in grado di riaprire oltre la demagogia la comunicazione con i sentimenti del paese reale. Tocqueville non indugia in dettagli, ma la sintesi che offre a Mill è del tutto coerente con la linea di condotta assunta in quei giorni ed esprime senza infingimenti cosa egli avesse inteso per responsabilità nazionale. Nei momenti difficili della crisi, nello stato di paura e di confusione in cui tutti i governi si trovavano, l'*unico* mezzo plausibile ai suoi occhi per impedire la guerra era di assumere l'atteggiamento di chi è deciso a farla. Ciò aveva fatto presente a Thiers, dandogli, pur di malavoglia, il proprio appoggio. Scrivendo all'amico Beaumont non aveva tuttavia mancato di annotare come, per rivestire con qualche credibilità l'atteggiamento di chi non teme la guerra, fosse necessario essere determinati per davvero a correre tale rischio. In parlamento alla fine di novembre, nel suo secondo discorso sulla questione d'Oriente, era andato oltre, rimarcando con forza che ogni governo non disposto a fare la guerra era esecrabile ⁽¹³⁾.

A Mill Tocqueville scriveva a crisi conclusa, ma non risolta. Non risolta soprattutto nell'animo dei francesi e tanto meno nel suo. Nella sua lettera traspariva un riflesso nostalgico, certo in Tocqueville costante a proposito della antica *grandeur* francese, ma esso rivendicava una legittimazione che nulla aveva a che fare con la nostalgia e poggiava su di una riflessione più meditata e di più ampio respiro. Come è stato rilevato ⁽¹⁴⁾, il nazionalismo di Toc-

⁽¹³⁾ *Oc*, III/2, pp. 288-301. Non era mancato in ciò un elemento di doppiezza venato di opportunismo. Tocqueville si rendeva perfettamente conto che uno scontro sarebbe stato disastroso e persino fatale per la Francia — il governo aveva in ciò ragione — e si dovesse tendere la corda fermandosi un attimo prima che si spezzasse, ma l'azzardo era reso necessario dal bisogno di 'governare' politicamente lo sdegno del paese. Cfr. A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville 1805-1859*, Paris, Hachette 1984, tr. it. Milano, Jaca Book, 1994, p. 303 e, più generalmente sulla condotta parlamentare di Tocqueville durante la crisi anglo-francese, pp. 300-305 e pp. 327-331.

⁽¹⁴⁾ Già M. RICHTER insisteva nel suo articolo su *Tocqueville on Algeria*, in « Review of Politics », 25, 1966, 3, pp. 362-398, sugli stretti legami che, nella valutazione tocquevilliana, intercorrevano tra l'analisi della monarchia orléanista, la questione algerina e la più complessiva prospettiva imperialistica intesa come unico spazio rimasto per l'esercizio di quella che Tocqueville chiama la *grande science du gouvernement* (in particolare cfr. pp. 384-385). Le tesi di Richter sono state riprese e

queville derivava in gran parte dalla sua disamina della Monarchia di luglio: in una situazione contraddistinta dal predominio individualistico degli interessi e da un'anarchica apatia nei confronti del 'pubblico' solo una ripresa di fierezza collettiva nei riguardi della posizione e della considerazione internazionale del paese poteva riattivare la 'circolazione sanguigna' del corpo politico francese. Lo spettro da cui traevano origine le considerazioni di Tocqueville non era dunque occasionale e investiva la questione degli elementi correttivi e controtendenziali che si rendevano ai suoi occhi necessari a partire dal nesso tra democrazia e demoralizzazione. « Une nation démocratiquement constituée comme est la notre »: questo il riferimento — e il contesto — su cui era richiamata l'attenzione dell'interlocutore inglese, non tanto per richiedere una giustificazione, quanto per sollecitarlo a criteri di giudizio politico condivisibili sulla base di una comune intesa intellettuale. In questione non erano infatti le mutevoli congiunture delle diplomazie, ma i compiti, e se si vuole le occasioni, che si offrivano alle democrazie francese, se solo essa avesse voluto essere all'altezza della propria storia e non intendesse accontentarsi di costruire ferrovie e di una pacifica prosperità ad ogni costo ⁽¹⁵⁾.

Solo pochi mesi prima, allo scoppiare della prima Guerra dell'Oppio, Tocqueville aveva espresso a Henry Reeve, il traduttore inglese della *Démocratie en Amérique*, allora notista politico del *Times* e per decenni sua fonte privilegiata d'informazione sulla scena insulare, il proprio caldo apprezzamento per il comportamento in Estremo Oriente del governo britannico che aveva deciso l'occupazione dei porti cinesi ⁽¹⁶⁾. « En sa qualité de spectateur bienveillant, mais désintéressé, je ne puis que me réjouir beaucoup à la pensée d'une invasion du Céleste empire par une armée Européenne. Voilà donc enfin la mobilité de l'Europe aux prises avec l'immobilité chinoise! C'est un grand événement, surtout si l'on songe qu' il n'est que la suite, le dernier terme d'une multitude

discusse da J. PITTS in *Empire and Democracy: Tocqueville and the Algeria Question*, in « The Journal of Political Philosophy », 8, 2000, 3, pp. 295-318, che sembra tuttavia privilegiare la considerazione del rapporto tra l'imperialismo tocquevilliano e gli *standards* etici del suo liberalismo.

⁽¹⁵⁾ Tocqueville à Mill, 18 mars 1841, *Oc* VI/1, pp. 334-336.

⁽¹⁶⁾ Tocqueville à Reeve, 12 avril 1840, *ibidem*, pp. 57-58.

d'événements de même nature qui tous poussent graduellement la race européenne hors de chez elle et soumettent successivement à son empire ou à son influence toutes les autres races ». L'entusiasmo di Tocqueville andava ben oltre le intenzioni del governo di Palmerston, il cui scopo era di sanzionare l'interdizione dell'esportazione in Cina dell'oppio. Ciò che era in corso era in qualche modo un evento più grande dell'instaurazione dell'impero romano: l'Europa, che costituiva solo un quinto del mondo, sottometteva a sé le altre quattro parti. « Ne médisons donc pas trop de notre siècle et de nous-mêmes: les hommes sont petits, mais les événements sont grands ». In qualche modo ciò che egli chiedeva a colui che aveva compreso la *Démocratie en Amérique* seconda più di chiunque altro ⁽¹⁷⁾ un'attitudine di reciprocità. Non si trattava tanto di mostrare comprensione per lo sdegno verso il Trattato — ragioni che lo stesso governo francese per pavidità misconosceva — quanto di intendere il circolo virtuoso che tale sdegno virtualmente indicava e proprio la padronanza mostrata da Mill delle tesi avanzate nella *Démocratie* del '40 predisponendo la base per tale intendimento. Nel proiettarsi fuori di sé i grandi paesi europei potevano ritrovare una virtù politica che, nell'epoca del declino *democratico* delle passioni pubbliche, non poteva più ricuperare al proprio interno. Tocqueville avanzava così, un po' obliquamente, una convinzione che aveva espresso fin dal suo primo intervento parlamentare nel luglio del '39 e per tutto il decennio successivo avrebbe sorretto parte cospicua del suo impegno sia politico, sia di riflessione, dal suo coinvolgimento crescente nell'impresa algerina allo studio, restato incompiuto, del 'miracolo inglese' in India ⁽¹⁸⁾.

La risposta di Mill è tardiva e mostra, di là del tono amichevole, un fastidio imbarazzato, quasi lo si costringesse ad impartire una lezione imprevista su qualcosa che si riteneva assodato ⁽¹⁹⁾. Un passo merita in particolare attenzione. « I have often, by late, re-

⁽¹⁷⁾ « De tous les articles écrits sur mon livre, le votre est le *seul* où l'auteur se sent parfaitement rendu maître de ma pensée et ait su l'exposer aux regards », aveva scritto a Mill a proposito della recensione di questi apparsa nella « Edinburgh Review » (Tocqueville a Mill, 18 octobre 1840, *ibidem*, p. 329; il corsivo è di Tocqueville).

⁽¹⁸⁾ Se ne vedano ora i materiali e le schede di lettura pubblicati in *Oc*, III/1, pp. 441-553.

⁽¹⁹⁾ Mill to Tocqueville, 9th August 1842, *Oc*, VI/1, pp. 336-338.

membered the reason you gave in justification of the conduct of the liberal party in the late quarrel between England & France — that of the feeling of orgueil national is the only feeling of a public-spirited & elevating kind which remains & it ought not therefore to be permitted go down. How true this is, every day makes painfully evident — one now sees that the love of liberty, of progress, even of material prosperity, are in France mere passing unsubstantial, superficial movements on the outside of the national mind & that the only appeal which really goes to the heart of France is one of defiance to l'étranger — & that whoever would offer to her satisfaction to that one want, would find the whole of her wealth, the blood of her citizens & every guarantee of liberty & social security flung down at his feet like worthless things ». Che il desiderio di spiccare agli occhi del mondo sia purtroppo l'unica forma di spirito pubblico, l'unica attitudine *disinteressata* ormai restata in Francia lo si può anche concedere, come si può concedere che essa non vada depressa, « but, in name of France & civilization, posterity have a right to expect from such men as you, from a nobler & enlightened spirits of the time, that you should teach to your countrymen better ideas of what constitutes national glory & national importance, than low & grovelling ones which seem to have at present — lower & more grovelling than I believe exist in any country in Europe except perhaps in Spain ». Il tono della lettera si fa didattico e vagamente urtante, prima di passare bruscamente a tutt'altro: la reale importanza di una nazione non dipende dalla sua insistita e chiassosa attestazione, espressione piuttosto della sua arrabbiata debolezza, ma dall'industriosità, dall'istruzione, dalla moralità e dal buon governo, cosa che in Inghilterra è nota anche all'uomo della strada. Quella che Mill ribadisce è un'idea di *civilization* e così facendo blocca l'argomentazione del suo interlocutore, spostandone l'obiettivo e reinscrivendola in un diverso scenario. È chiaro che ai suoi occhi le argomentazioni di Tocqueville non parlano del futuro ma del passato, di un suo perdurare immaginario. Il giudizio sull'opinione francese è implicitamente ributtato su Tocqueville stesso, quasi che anche per lui, vittima di una sorta di fascinazione ipnotica, le acquisizioni della modernità costituiscano uno strato instabile su di un fondo che è — il termine comtiano s'impone alla mente — essenzialmente *retrogrado*. L'ombra inquietante che ciò che in precedenza era sembrato, nonostante le diversità, un comune sentire, fosse minato

da un sostanziale malinteso, abita ormai l'incedere della loro interlocazione.

È un'ombra che gli scambi epistolari successivi non dissolvono, fino ad un silenzio che, abbastanza chiaramente, da Mill è scelto e da Tocqueville subito. D'altra parte, anche le rade lettere successive, prima della lunga interruzione che va, con eccezioni di poco conto, dal '43 al '56, mostrano di restare, anche quando occasionate da fattori esterni, del tutto dominate dagli stessi temi. Quando Tocqueville nel febbraio del '43 chiede a Mill il favore di rendere pubblica in Inghilterra una lettera a Lord Broughan, ancora una volta è per potersi difendere dalle accuse mossagli da quest'ultimo di avere tenuto in funzione anti-britannica un atteggiamento affatto strumentale a favore del non rinnovo dell'accordo anglo-francese sulla repressione della tratta ⁽²⁰⁾, Mill la fa pubblicare sul *Morning Chronicle* (il quotidiano cui collaborerà stabilmente a partire dal 1846), ma, dandone notizia, non rinuncia ad aggiungervi aspre osservazioni sul montare di un nazionalismo che rischia di arrecare danni di portata duratura. « Il faut des générations entières », egli scrive, in francese, con parole di rimprovero che palesemente coinvolgono il proprio corrispondente, « pour guérir le mal qui peut faire dans un jour. Cela est bien méprisable dans un siècle qui a tant besoin du concours des hommes énergiques et éclairés

⁽²⁰⁾ Il contenzioso verteva sul rinnovo del diritto d'ispezione (*right of search/droit de visite*) che, come strumento di repressione della tratta degli schiavi africani, era stato stipulato tra Francia e Inghilterra nel '31 e poi nel '33, ma alla cui successiva stipulazione nel '38 — che, a partire dell'adesione di altri paesi ne aveva emendato alcuni tratti — la Francia non aveva partecipato. Dopo la crisi sulla questione orientale e la caduta di Palmerston, Guizot ne aveva proposto una conferma da parte francese al nuovo governo *tory*, non da ultimo come tentativo di riannodare l'intesa con l'Inghilterra, ma era stato smentito dal dibattito parlamentare in cui emerse una maggioranza che, contro il governo, vedeva nelle nuove modalità una limitazione della libertà marittima del paese. La vicenda è ricostruita esaustivamente da L. C. JENNINGS, *France, Great Britain, and the Repression of Slave Trade, 1841-1845*, in « French Historical Studies », 10, 1977, pp. 101-125. Tocqueville, che quattro anni prima aveva steso il rapporto della commissione sulla proposta di de Tracy (*OC*, III/1, pp. 41-78) e di cui erano note le posizioni abolizioniste, aveva avuto un certo ruolo nella decisione con il suo intervento alla camera del 28 gennaio 1843, accusando il governo di volere un'intesa a scapito della dignità nazionale e rinnovando le critiche espresse a proposito del Trattato di Londra. Cfr. JARDIN, *Alexis de Tocqueville* cit., pp. 342-343.

dans tous les pays avancés pour l'œuvre difficile de réorganiser la société européenne » (21).

3. È difficile tuttavia sfuggire alla sensazione che Mill manchi in qualche modo il bersaglio. Il quadro cui incessantemente Tocqueville allude è quello del proiettarsi fuori di sé della democrazie europee e su questo Mill tace (22). Il tema della *conquista* di una dimensione imperiale gli è profondamente estraneo e resta ai suoi occhi relegato a uno scenario irrimediabilmente e fortunatamente passato — a quello che potremmo chiamare con una felice espressione di Schumpeter l'imperialismo della moderna monarchia assoluta (23). Se si era interessato in modo non occasionale alle questioni dell'impero, lo era stato, come molti della sua generazione, dal lato di un'eredità, non certo di un'acquisizione, e di un'eredità problematica ed ambigua. Era un'eredità ingombrante anche in termini personali, ma anche una sorta di relazione naturale. Presentando se stesso all'inizio della propria *Autobiography* egli dice di essere « the eldest son of James Mill, the author of the *History of British India* ». Come è stato notato con acutezza, nel non menzionare la madre egli si prospettava come una sorta di immacolata concezione, messo al mondo da una relazione tra suo padre e il continente indiano (24).

Cresciuto in una tradizione politica e culturale che all'impero aveva guardato sicuramente con disagio, anche se non con aperta

(21) Mill à Tocqueville, 20 février 1843, *Oc*, VI/1, pp. 340-341.

(22) Il discorso alla Camera del 28 gennaio del 1843, di cui ha allegato il testo pubblicato all'indomani sul « Moniteur » (ora in *Oc*, III/2, p. 338-352) vi martella ancora una volta: « Ne remarquez-vous pas, messieurs, qu' il se passe en ce moment un phénomène singulier? La vie publique semble se retirer du terrain de la politique intérieure et se fixer de plus en plus sur le théâtre de la politique étrangère [...]. En substituant les intérêts aux opinions, en disséminant les partis, en en faisant de la poussière politique, si j'ose le dire le pays lui-même, en lui rendant sa politique intérieure sans intérêt, sans grandeur, vous l'avez nécessairement poussé en quelque sorte, malgré lui, vers l'extérieur [...]. Cela était inévitable; car il faut bien que la vie politique, chez un peuple libre, s'exerce quelque part » (*ibidem*, p. 344).

(23) J. SCHUMPETER, *Zur Soziologie der Imperialismen*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », XLIV, 1919), pp. 1-29 e 275-310, tr. it. in IDEM, *Sociologia dell'imperialismo*, Bari, Laterza, 1972, pp. 1-107.

(24) PEERS, *Imperial Epitaph*, cit., p. 201.

contrarietà ⁽²⁵⁾, il giovane Mill aveva tuttavia imparato a convivervi, considerandolo un dato *stabile*, ancorché non immutabile, che poteva coerentemente essere assunto ad oggetto della medesima considerazione *riformatrice* con cui rapportarsi, scientificamente e politicamente, alla scena ‘domestica’. Questo era particolarmente vero agli inizi degli anni ’40, quando la sistemazione costituzionale del Canada rendeva disponibile un’immagine sdrammatizzata del passaggio a forme di autogoverno all’interno di un quadro che aveva allontanato con una certa forza l’alternativa appartenenza/emancipazione. Complessità e diversità facevano sì che l’impero si presentasse come una realtà disomogenea di cui era certo consapevole, ma la stabilità dello scenario non ne era sfidata. D’altra parte nella riflessione milliana solo più tardi il tema dell’impero e della sua giustificazione trova una messa a fuoco autonoma e il suo interessamento è, negli anni in questione, sempre sul versante infra-imperiale ⁽²⁶⁾: i dibattiti sull’opportunità di trasferire nei possedimenti dell’impero uomini e capitali, cui contribuisce supportando le tesi di Wakefield e dei *Colonial Reformers* sulla colonizzazione e il cui lascito è riscontrabile nel § 14 del V libro dei *Principles of Political Economy* del 1848 ⁽²⁷⁾; l’insistenza sul ruolo dell’intervento governamentale sul regime proprietario della terra nell’Irlanda sconvolta dalla carestia come strumento correttivo per

⁽²⁵⁾ L’ambivalenza benthamiana e benthamita nei confronti dell’impero e delle colonie è sottolineata dal classico lavoro di D. WINCH, *Classical Political Economy and Colonies*, London, The London School of Economics and Political Science - G. Bell & Sons, 1965, soprattutto pp. 25-50, che fornisce un quadro abbastanza articolato delle posizioni che definiscono il contesto in cui si formò il giovane Mill (in particolare sui due Mill cfr. pp. 61-64), mentre lo scarto tra Bentham e la generazione successiva dei suoi seguaci è messo a punto nel contributo di J. PITTS, *Legislator of the World? A Rereading of Bentham on Colonies*, in « Political Theory », 31, 2003, 2, pp. 200-234, che dà anche un buon quadro della letteratura.

⁽²⁶⁾ Per un quadro in questo senso si veda l’eccellente saggio di R. J. HIND, “*We Have No Colonies*” — *Similarities within the British Imperial Experience*, in « Comparative Studies in Society and History », 26, 1984, 1, pp. 3-35.

⁽²⁷⁾ Per i rapporti tra John Stuart Mill e Edward Gibbon Wakefield, oltre al già citato volume di Winch, si veda B. SEMMEL, *The Philosophic Radicals and Colonialism*, in « The Journal of Economic History », 21, 1961, 4, pp. 513-525 e, più estesamente, Id., *The Rise of Free Trade Imperialism. Classical Political Economy, the Empire of Free Trade, and Imperialism*, Cambridge, Cambridge U.P., 1970, i capitoli 4 e 5 e *passim*.

l'emersione di capacità individuali capaci di coniugare autonomia morale e intrapresa economica e nel contempo come risposta alle proposte di pauperizzazione assistenziale delle *poor laws* in cui vedeva il perpetuarsi del fallimento di secolari politiche aristocratiche nel più antico dei possedimenti inglesi ⁽²⁸⁾. Anche nei confronti delle dipendenze indiane, verso le quali si rivolgeva il suo impegno quotidiano di *clerk* alla *India House*, Mill mostra un'attitudine riluttante a una logica territorialmente espansiva e il loro accrescimento gli si è sempre presentato come qualcosa di poco auspicabile e comunque sempre e solo in funzione della conduzione del già acquisito, come indicano le sue posizioni sui cosiddetti *Indian States*, gli stati satelliti dei principi indiani ⁽²⁹⁾.

Tocqueville, al contrario, sa che la Francia non ha alcuna eredità; poco o nulla le è restato (le isole dello zucchero, la Guyana francese) né della grandiosità dei re borbonici, né dell'avventura napoleonica. Proprio quest'ultima ha condotto all'estremo anche nella sua valenza imperiale il processo di centralizzazione sviluppatosi senza interruzione a partire dal regno di Luigi XIV e cui la Rivoluzione ha dato un'accelerazione senza pari, precludendo, nel momento stesso in cui esportava la libertà oltre le frontiere, ogni dimensione partecipativa alla libertà dei francesi ⁽³⁰⁾. La sconfitta

⁽²⁸⁾ Sul complesso e tutt'altro che statico rapporto tra Mill e l'Irlanda restano imprescindibili i due articoli di E. D. STEELE, *J.S. Mill and the Irish Question: The Principles of Political Economy 1848-1865*, in «The Historical Journal», 13, 1970, 2, pp. 216-236 e *J.S. Mill and the Irish Question: Reform, and the Integrity of the Empire 1865-1870*, in «The Historical Journal», 13, 1970, 3, pp. 419-450, cui va aggiunto L. ZASTOUPIL, *Moral Government: J.S. Mill on Ireland*, in «The Historical Journal», 26, 1983, 3, pp. 707-717.

⁽²⁹⁾ ZASTOUPIL, *John Stuart Mill and India* cit., pp. 87-125. In ciò Mill fu senz'altro sintonico con i *Directors* della Compagnia, che avevano subito più che incoraggiato la perdurante tendenza acquisitiva dei loro agenti in territorio indiano anche oltre la fase 'eroica' e mercantile delle origini. Cfr., per un inquadramento complessivo delle problematiche acquisitive, dell'impero il bel saggio di J. DARWIN, *Imperialism and the Victorians: The Dynamics of Territorial Expansion*, in «The English Historical Review», 112, 1997, no. 447, pp. 614-642, che fornisce anche un'utile rassegna del dibattito storiografico (sulla situazione indiana pp. 624-627).

⁽³⁰⁾ Sono le considerazioni seminali che Tocqueville sviluppa nel saggio sollecitato e tradotto da Mill per la *London and Westminster Review* su *L'Etat social et politique de la France avant et après 1789* (ora in *Oc*, II/1, pp. 33-66) e che costituiscono l'asse strategico della riflessione tocquevilliana che troverà espansione e consolidamento

militare napoleonica sigillava una perdita cui non era estranea la fragilità *sociale* che sul versante coloniale tale processo aveva implicato. È una percezione che a Tocqueville viene da lontano e risale al viaggio americano. « L'histoire des derniers siècles présente, il faut l'avouer, un singulier spectacle. On y voit la France entreprendre dans le Nouveau Monde un vaste système de colonies. Les plans sont habilement conçus, les lieux qu'elle désigne sont bien choisis », scrive in un frammento che resterà fuori dalla versione definitiva della prima *Démocratie* ⁽³¹⁾ (una sua sintesi parziale confluirà nell'appendice sulle colonie penali). « Des grands sacrifices d'hommes, d'énormes sacrifices d'argent et de soins sont faits par elle pour atteindre ce but. Le gouvernement s'occupe sans cesse de ces nouveaux établissements et n'abandonne jamais un seul instant le devoir de les diriger. Et pourtant malgré tant d'efforts les colonies languissent; la terre s'ouvre en vain devant les pas de Français, ils ne s'avancent pas dans les déserts fertiles qui les entourent, la population ne croît qu'à peine, l'ignorance semble s'étendre, la société reste stationnaire, elle ne gagne ni force ni richesse et elle succombe enfin après avoir lutté avec un courage héroïque contre l'agression étrangère ». Se l'interrogativo sulla possibilità coloniale della Francia — su cui significativamente si chiudeva il frammento del '33 ⁽³²⁾ — era sciolto affermativamente dal prendere corpo della prospettiva algerina, più acuto si rendeva il problema di una ridefinizione complessivamente innovativa di tutta la questione. In questo quadro il tema della *conquista* si presenta agli occhi di Tocqueville come radicalmente nuovo, fuori dalle logiche del vecchio imperialismo, ma anche da quelle che, simmetriche, avevano presieduto al vecchio antimperialismo settecentesco e di cui il Benjamin Constant di *De l'Esprit de Conquête*

in *L'Ancien Régime et la Révolution* del '56, ma che si protrarrà anche oltre, come testimoniano i materiali preparatori per il progettato secondo volume di quest'opera.

⁽³¹⁾ *Quelques idées sur les raisons qui s'opposent à ce que les français aient des bonnes colonies* in *Oc*, III/1, pp. 35-40.

⁽³²⁾ « Il faut le reconnaître, parce que l'expérience le démontre, fonder une colonie est pour le France se livrer à une entreprise pleine de périls et d'un succès incertain » (*ibidem*, p. 40).

et de l'Usurpation dans leur Rapports avec la Civilisation Européenne era, in tale prospettiva, l'ultimo esponente ⁽³³⁾.

Il Tocqueville degli anni '40 è nei suoi rapporti con gli inglesi in una posizione affatto paradossale. Accusato di essere succube di sentimenti anti-britannici o peggio di agitarli, Tocqueville, la cui posizione e il cui operato sono indiscutibilmente *contro* la Gran Bretagna, continua non solo a smentire, ma a proclamare a gran voce la propria *anglofilia politica* ⁽³⁴⁾. In ciò egli è del tutto coerente. Quest'ultima infatti non ha nulla a che spartire con una politica anglofila — un altro punto, vale notare, che ne marca la distanza da Guizot ⁽³⁵⁾. Nella sua prospettiva si tratta piuttosto di *fare* come gli inglesi, di prenderli come modello di riferimento, imparando dai loro successi e dai loro errori, persino arrivando a riconoscere nella loro azione ciò che è peculiarmente *francese* e che i francesi non sanno ancora riconoscere, e di agire, pur nella differenza derivante dalla specifica posizione storica della Francia, di conseguenza. In ciò egli rivendica il proprio sentimento filo-britannico, la radice lunga che esso aveva nel suo pensiero, e non nella difesa degli stracci dell'*entente* che sempre più gli appare patetica e politicamente anacronistica. Di fronte al misconoscimento da parte dei suoi interlocutori britannici di quelle che egli vede come le ragioni francesi, il realismo politico di Tocqueville sembra cedere a volte ad un aristocratico stupore ⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Sul raffronto tra Constant, autore peraltro mai citato da Tocqueville, e quest'ultimo insiste a lungo PITTS, *Empire and Democracy* cit. pp. 307-313.

⁽³⁴⁾ Si veda a questo riguardo l'intero capitolo ottavo (*Tocqueville versus England*) dell'ancora insostituibile lavoro di S. DRESCHER, *Tocqueville and England*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1964, pp. 152-169.

⁽³⁵⁾ RAYMOND ARON nella sua, ancora stimolante, conferenza oxoniense del 1965 su Comte e Tocqueville e l'Inghilterra (ripubblicata in appendice a Id., *Main Currents in Sociological Thought*, New York, Basic Books, 1967, tr. it. Milano, Mondadori, 1972), parla, forse più correttamente, di *anglomania* di Tocqueville, ma, riconducendola all'ammirazione per le istituzioni insulari, ne sottostima da un lato l'aspetto *imperiale* e dall'altro manca di dare rilievo allo scarto radicale tra le posizioni di Tocqueville e quelle del 'partito inglese' in Francia.

⁽³⁶⁾ « J'avoue que je tiens beaucoup à l'opinion des Anglais et je découvre avec peine que c'est une folie, quand on est un homme publique, de chercher d'autre salaire que l'estime et la justice de son propre pays », Tocqueville à Mill, 12 mars 1843 (*Oc*, VI/1, p. 343).

Insistere sul Tocqueville degli anni '40 che anticipa temi e movenze degli imperialismi di fine secolo è da ultimo fuorviante. Se c'è un elemento mitico, e di mitologia propriamente *liberale*, che egli sembra adombrare nei suoi discorsi, compresi quelli che maggiormente urtarono la sensibilità britannica, è l'idea che *fuori d'Europa* le democrazie europee — e sotto queste termine è qui lecito intendere le *due*, differenti transizioni democratiche ⁽³⁷⁾ — possano trovare quella consonanza che le vecchie rivalità nazionali impedivano sulla scenario vetero-europeo e che proprio nel farsi mondo dell'Europa possano essere garantite quelle relazioni cooperative che allo spirito aristocratico e militare erano estranee. Come il costituzionalismo di Constant doveva trovare risarcimento in un diverso rapporto con l'inarrestabile tendenza alla universale democratizzazione, così il suo antimperialismo trovava reintegrazione in un immaginario di solidale compatibilità europea sulla nuova scena internazionale. In entrambi i casi occorre un di più di politica rispetto a ciò che Constant aveva pensato e questo *di più* di politica eccedeva necessariamente la democrazia ⁽³⁸⁾.

Proprio questo di più di politica rimandava al nodo irrisolto dell'accesso francese alla scena internazionale. La posizione espressa da Tocqueville a proposito della crisi dell'*entente* anglofrancese non è dunque che l'altra faccia del suo impegno sul fronte coloniale e l'ambivalenza nei confronti dell'esperienza britannica risulta rafforzata nella sua evidenza se solo si considerano i due registri su cui tale impegno si articola.

Il primo è quello della ridefinizione delle politiche coloniali nell'America caraibica e si presenta irrisolubilmente intrecciato con

⁽³⁷⁾ Si vedano sul punto le lucide osservazioni di F. DE SANCTIS, *Società e potere: aristocrazia, democrazia, transizione* raccolto in Idem, *Tocqueville. Sulla condizione moderna*, Milano, FrancoAngeli, 1993, pp. 95-117.

⁽³⁸⁾ Osservazioni importanti in questo senso sono reperibili nei saggi *L'America di Tocqueville* e *La politica di Tocqueville* che Umberto Coldagelli ha premesso alle sue edizioni italiane di A. DE TOCQUEVILLE rispettivamente, *Viaggio in America 1831-1832*, Milano, Feltrinelli, 1990, pp. VII-XIV e *Scritti, note e discorsi politici*, Torino, Boringhieri, 1994, pp. XI-CXIV. In una prospettiva parzialmente diversa sono da tenere presenti le pagine che dedica a proposito di 'governo della democrazia e pedagogia delle passioni' in Tocqueville S. CHIGNOLA, *Fragile cristallo. Per una storia del concetto di società*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, soprattutto pp. 412-458.

la questione della schiavitù nei possedimenti francesi. La politica abolizionista di Tocqueville si iscrive tutta in uno scenario dominato, cronologicamente e geograficamente, dalla fine dello schiavismo nelle dipendenze britanniche (39). Se c'è un riferimento al precedente francese — la decisione abolizionista del 16 Piovoso dell'Anno II (4 febbraio 1794) — esso opera essenzialmente come elemento retorico teso a sottolineare la precedenza *democratica* della Francia, come pure, su di un piano più appartato, come aggancio provvidenziale al cristianesimo del supplemento democratico cui tale precedenza allude (40). Per il resto il paragone con gli Inglesi è il termine di riferimento pressoché esclusivo. In realtà la discussione ora non verte più sull'abolizione in quanto tale, della cui giustizia e necessità non dubita nemmeno gran parte dei coloni, ma sui suoi tempi, i suoi modi, i suoi costi: in sostanza su come si possa affrancare senza mettere in ginocchio l'economia delle piantagioni e quindi tenendo legato come lavoro libero ciò che in precedenza lo era come relazione servile. La Francia, che non ha ancora abolito, deve darsi uno schema *operandi* che faccia tesoro, senza ripercorrerne tappe e vicissitudini, dei problemi di chi lo ha già fatto. Nell'abolizionista Tocqueville concorrono elementi diversi (la consapevolezza della comunque maggiore produttività del lavoro libero, il carattere politico e non solamente economico della messa al lavoro dei neri, l'impraticabilità dell'opzione a favore di una diffusa contadinizzazione proprietaria che pure resta centrale nel suo immaginario della democrazia (41)) che meriterebbero di essere

(39) Un quadro complessivo dell'abolizionismo francese successivo al ripristino napoleonico della schiavitù, che è anche una messa a punto dello stato della storiografia, è fornito da Seymour Drescher, uno studioso che, com'è noto, ha fornito prestazioni tocquevilliane di rilievo e che anche si è dedicato a lungo all'abolizione della tratta e ai suoi profili atlantici, in S. DRESCHER, *British Way, French Way: Opinion Building and Revolution in the Second French Slave Emancipation*, in «The American Historical Review», 96, 1991, 3, pp. 703-734 (in particolare su Tocqueville e l'abolizionismo 'moderato' cfr. pp. 716-717).

(40) Si vedano le battute finali del discorso alla Camera del 30 maggio 1845, che costituisce l'ultimo intervento pubblico di Tocqueville sull'argomento (*Oc*, III/1, pp. 112-126, sul punto pp. 124-125).

(41) È la medesima attitudine che Toqueville manifesterà nei suoi resoconti di viaggio in Inghilterra nei confronti dello sviluppo agricolo e manifatturiero, privilegiando sempre l'elemento proprietario a scapito di quello imprenditoriale. Ne è testimone di

valutati analiticamente, non da ultimo perché permettono di cogliere aspetti usualmente poco esplorati della sua cultura economica e politica. Sono elementi nondimeno che trovano tutti una saldatura nella proposta tocquevilliana di un'agenzia governativa che, monopolizzando e vincolandolo a sé — anche se per un periodo limitato di tempo — tutto il lavoro emancipato e gestendone l'affitto su base volontaria fissando i minimi e i massimi salariali, articola in un'unica soluzione i tre principali snodi che si trova dinnanzi il progetto abolizionista: la messa in libertà *simultanea* di tutti gli schiavi, indipendentemente dall'età e dal sesso; una politica di indennizzo indiretto per i proprietari delle piantagioni, che comunque lo sono a giusto titolo, visto che il loro ruolo di acquirenti di schiavi è stato in buona parte costruito dallo Stato; il disciplinamento necessario alla transizione degli ex-schiavi al rapporto salariale lungo una linea che, evitando le forme privatistiche di apprendistato coatto messe in atto dagli Inglesi, vede l'amministrazione interspersi tra emancipati e proprietari, ora trasformati in datori di lavoro, riducendo al minimo le possibilità di frizioni tra loro ⁽⁴²⁾. Il tentativo complessivo è di rendere alle residue colonie francesi *sincronicità* storica nei confronti delle colonie britanniche presenti nella medesima area,

eccezione il giovane CAMILLO BENSO DI CAVOUR, anch'egli nel 1835 viaggiatore in Inghilterra, che in visita a Nassau William Senior annoterà nel suo diario il 24 maggio di quell'anno: « Ho trovato il Senior che passeggiava nel suo giardino con Toqueville e Beamont. Discutevano la questione del frazionamento della proprietà. Era strano udire il radicale inglese sostenere la grande proprietà e il legittimista francese la piccola proprietà. Senior crede che il piccolo proprietario non possa mai raggiungere l'indipendenza e l'agiatazza e che sia per lui preferibile essere stipendiato da un grande proprietario e così non temere la cattiva sorte e il mal tempo. Il signor Tocqueville ha confutato molto bene questi argomenti con considerazioni pratiche e teoriche », *Diario (1833-1843) del Conte di Cavour*, Milano, Rizzoli, 1941, p. 154. Ma è chiaro che nel caso dei neri affrancati il problema non è la frugalità democratica, ma la costruzione del salariato.

⁽⁴²⁾ Sono le conclusioni del *Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner la proposition de M. De Tracy, relative aux esclaves des Colonies* che Tocqueville deposita alla fine del luglio del '39, poi stampate in opuscolo dalla *Société pour l'Abolition de l'Esclavage* (Oc, III/1, pp. 41-78). Nonostante gli sforzi ripetuti, esse non perverranno alla discussione parlamentare, né il progetto che le sottendeva — ripreso da Tocqueville negli articoli apparsi su *Le Siècle* nell'inverno del '43 (*ibidem*, pp. 79-111) — sarà ripresentato. Una ricostruzione onesta, ma piuttosto piatta, è quella di S. GERSHMAN, *Alexis de Tocqueville and Slavery*, in « French Historical Studies », 9, 1976, 3, pp. 467-483.

accelerandone politicamente il processo di trasformazione per tradurne il palese *ritardo* in un possibile, anche se improbabile, vantaggio la cui natura, più che di carattere propriamente commerciale, potrebbe risultare su di un piano più generalmente geo-politico. È un tentativo che, va notato, non sembra toccare né il governo delle colonie, né il profilo giuridico dei soggetti, anche se l'estensione delle capacità civili dei liberi affrancati trova un limite (probabilmente indiretto, anche se Tocqueville non fornisce indicazioni specifiche) nella raccomandazione di introdurre elementi di interdizione o di dissuasione nei confronti dell'acquisto da parte loro di terra. Tocqueville lo perseguirà con dedizione nei primi anni del decennio, ma che via via scemerà, perdendo connessione con i tempi in cui crescerà in Francia la pressione abolizionista (43).

4. Differente è il discorso sull'Algeria. Questa era un'acquisizione recente e per molti versi incerta. Alla conquista di Algeri, voluta all'inizio del 1830 da Carlo X per motivi che mescolavano la rivalsea per l'affronto che tre anni prima era stato portato del *dey* Hussein ben Hassen all'ambasciatore francese all'opportunità di spostare l'attenzione pubblica dalla scena interna, era seguita nella stagione orléanista l'estensione dell'occupazione dei centri costieri e una penetrazione verso l'interno del paese tanto sanguinosa quanto indeterminata, che sembrava indicare più l'affermazione di una generica attitudine che una precisa volontà di conquista. La rivolta che il giovane marabutto Abdel el Kader aveva saputo raccogliere attorno a sé aveva imposto ai francesi un ampliamento del conflitto, ponendoli di fronte a una scelta indifferibile che inevitabilmente aveva come posta l'assoggettamento generale dell'area.

Anche se l'interesse di Tocqueville per l'Algeria aveva accompagnato tutto il decennio precedente tanto da intrecciarsi con la sua decisione di entrare nell'agone della politica attiva (44), il suo primo

(43) Significativamente quando nel '47 i delegati della Guadalupa, di fronte al montare della corrente d'opinione favorevole all'emancipazione, cercarono innanzi tutto di contattare i 'vecchi' abolizionisti come De Broglie e Tocqueville, li trovarono ormai assai distanti dal problema; al riguardo cfr. DRESCHER, *British Way, French Way*, cit., p. 725.

(44) Cfr. JARDIN, *Alexis de Tocqueville* cit., p. 241-242 e p. 274. Tocqueville era stato un caldo fautore della spedizione in Algeria e, prima del viaggio americano, aveva pensato di comprarsi della terra e stabilirvisi. « Nel 1837, pensa di entrare nella politica

soggiorno oltremare è datato maggio-giugno 1841 e coincide pressoché pienamente con gli orientamenti e la circostanze di cui si è trattato sopra. L'idea centrale che la Francia sia andata in Algeria per rimanervi costituisce sicuramente il punto di partenza e il punto d'arrivo della sua valutazione, ma le *Notes de voyage* e il *Travail sur l'Algérie* mostrano come l'inchiesta sul campo abbia determinato — o più probabilmente — ratificato uno spostamento rispetto a quanto aveva sostenuto negli articoli pubblicati su *La Presse de Seine-et-Oise*. L'intenzione politica complessiva ne esce rafforzata, come pure la fascinazione per il potenziale innovatore che l'innesto francese può determinare ⁽⁴⁵⁾. Il primo viaggio algerino coincide tuttavia con una modificazione importante. La visione del '37 che mirava ad acquisire alla Francia territorio ed uomini tenendo assieme, seppure in prospettiva, conseguimento territoriale e integrazione di popoli e di 'razze', gli appare ora fragile e sostanzialmente priva di fondamento, almeno su tempi politici. Area di intersezione di piani diversi (militare, politico, amministrativo) che sembrano a volte divergere catastroficamente e che pure bisogna mediare lungo linee di convergenza, la situazione algerina registra al proprio interno una schisi che li ridetermina tutti, una linea di divisione che ne impone il ripensamento complessivo, anche oltre la guerra combattuta. Questo mutamento prospettico, che il secondo viaggio in Algeria nel 1847 conferma in maniera forse persino più severa, organizza tutto il *laboratorio algerino* di Tocqueville. Anche quando affronta crudamente la questione complessa e spinosa dei rapporti tra Parigi ed Algeri, denunciando la centralizzazione ipertrofica e spesso ottusa nella capitale che de-

attiva e di presentarsi a Versailles alle elezioni legislative: non stupisce molto che voglia trattare questo argomento di attualità, perché se i suoi articoli non sono firmati, l'identità dell'autore può essere facilmente individuata in un corpo elettorale censitario». Nascono così le *Deux Lettres sur l'Algérie* (OC, III/1, pp. 129-153) che Tocqueville pubblica tra giugno ed agosto su «La Presse de Seine-et-Oise», il piccolo trisettimanale di Versailles di cui era fondatore il cognato Baudry de Balzac e di cui egli stesso deteneva una quota azionaria.

⁽⁴⁵⁾ Appena arrivato ad Algeri ne aveva avuto un'evocativa conferma: « Tout ce monde s'agit avec une activité qui paraît fébrile. Toute la basse ville paraît en état de destruction et de reconstruction. On ne voit de toutes partes que ruines récentes, édifices qui s'élèvent; on n'entend que le bruit de marteau. *C'est Cincinnati transporté sur le sol d'Afrique* » (corsivo mio).

termina l'anarchica mancanza di un centro coordinatore in Algeria e stigmatizzando la regressione 'barbarica' delle capacità civili e politiche che rende difficile sia dare certezza alla proprietà sia attrarre manodopera dall'Europa, tutto ciò non prescinde mai dalla cognizione che in Algeria vi sono *due* società e che la loro integrazione è impossibile.

L'insistenza toquevilliana sulla linea di divisione che separa europei e indigeni richiede di essere interrogata, anche perché nulla di analogo è presente negli interventi sulle colonie dell'America caraibica. C'è *prima facie* il ruolo che essa assolve nell'economia retorica del dibattito algerino. Una delle ragioni addotte dagli oppositori del *governo civile* in Algeria era infatti l'affermata impossibilità di gestire una popolazione eterogenea, composta da arabi e da europei, da musulmani e da cristiani, utilizzando criteri propri di società omogenee come erano quelle del continente europeo. È un errore di fatto, ribatte Tocqueville, « ceux qui y ont été savent que la société musulmane et la société chrétienne n'ont malheureusement aucun lien, qu'elles forment deux corps juxtaposés, mais complètement séparés ». È una situazione che tende ad accentuarsi senza rimedio. « L'élément arabe s'isole de plus en plus et peu à peu se dissout. La population musulmane tend sans cesse à décroître, tandis que la population chrétienne se développe sans cesse. La fusion de ces deux populations est une chimère [...] ». Il giro dell'argomentazione non esita di fronte a un cinismo difficilmente involontario ⁽⁴⁶⁾, mirando diritto al proprio scopo: « Il peut donc et il doit donc avoir deux législations très distinctes in Afrique parce qu' il y se trouve deux sociétés très séparées. Rien n'empêche *absolument*, quand il s'agit des Européens, de les traiter comme s'ils étaient seuls, les règles qu' on fait pour eux ne devant jamais s'appliquer qu' à eux » ⁽⁴⁷⁾. Quella della separatezza è dunque presentata come una constatazione che, anticipando l'obiezione dell'inopportunità di dare ai cittadini francesi d'Algeria condizione

⁽⁴⁶⁾ La crisi demografica dell'Algeria araba ha causa incontrovertibile nei tratti di sterminio che la conquista francese presenta; gli storici annoverano circa 750.000 morti su di una popolazione di quattro milioni di algerini, cfr. O. LE COUR GRAND MAISON, *Quand Tocqueville légitimait les boucheries*, in « Le Monde diplomatique », Juin 2001, p. 12.

⁽⁴⁷⁾ *OC*, III/1, p. 275.

e tutele giuridiche comuni quelli della Francia metropolitana, sottrae forza ai fautori del vecchio eccezionalismo coloniale che non sembra affatto contrario all'ipotesi di una popolazione *mista* — è il caso ad esempio del generale Bugeaud, che governa il paese per quasi tutto il decennio. Ma è una constatazione che deve essere fatta valere normativamente. *Si può, dunque si deve*: ciò le aggiunge un connotato prospettico che evidenzia come per Tocqueville il rifiuto di agganciare processo coloniale e amministrazione degli indigeni intervenga a costituire positivamente uno dei vettori di accelerazione del processo stesso. Elemento prognostico ed elemento diagnostico tendono a confondersi entrando in un rapporto, dove, piuttosto che di inversione, sembra più corretto parlare di circolarità, rendono necessario dilatare lo sguardo all'insieme della griglia concettuale attraverso cui Tocqueville guarda alla peculiarità della situazione algerina.

Se il *Travail sur l'Algérie* risente inevitabilmente del dispiegarsi della guerra combattuta e a tale contesto retorico argomentativo vanno ricondotte le affermazioni sull'isolamento e sulla diminuzione della popolazione araba, l'ossatura complessiva del testo ha radici più profonde e percorre l'insieme degli scritti algerini di Tocqueville, trovando una sistematizzazione negli anni più tardi, quando la sconfitta di Abd el-Kader e il progressivo controllo del territorio permettono una considerazione, in parte almeno, meno pressata.

L'idea che in Algeria vi siano due società giustapposte non è ascrivibile né a una differenziazione antropologica, di tipo razziale, né ad un'irrigidita contrapposizione tra civilizzazione e barbarie. All'opposto Tocqueville sembra farla derivare proprio dal riconoscimento dell'esistenza sul suolo algerino uno specifico grado di *civilisation* nativa. « La société musulmane, en Afrique, n'était pas incivilisée; elle avait seulement une civilisation arriérée et imparfaite », scrive nel 1847 nel *Rapport fait par M. De Tocqueville sur le projet de loi relatif aux crédits extraordinaires demandés pour l'Algérie*, iterando un giudizio già espresso in precedenza, cui si aggiunge il riconoscimento che l'impatto francese ne ha gravemente deteriorato il livello: « Il existait dans son sein un grand nombre de fondations pieuses, ayant pour objet de pourvoir aux besoins de la charité ou de l'instruction publique. Nous avons mis la main sur ces revenus en les détournant en partie de leurs anciens usages; nous

avons réduit les établissements charitable, laissé tomber les écoles, dispersé le séminaires. Autour de nous les lumières se sont éteintes, le recrutement des hommes de religion et des hommes de loi a cessé; c'est-à-dire que nous avons rendu la société musulmane beaucoup plus misérable, plus désordonnée, plus ignorante et plus barbare qu' elle n'était avant de nous connaître » (48). Nonostante tale riconoscimento, in cui alcuni hanno voluto vedere un momento autocritico, ciò che viene riaffermato è l'esistenza in Algeria di due *civiltà*, di due differenti organizzazioni di modi di vivere e di agire, di due diversi schemi capaci di produrre — per usare un termine decisivo — *mœurs*.

L'indicatore religioso è al riguardo certo importante, come segnala l'insistenza del riferimento oppositivo alla coppia società cristiana/società musulmana. Tuttavia proprio tale indicatore, nella sua *clamorosa* evidenza, è meno perspicuo di quanto a prim'acchito potrebbe sembrare e non risulta agevolmente isolabile dall'insieme argomentativo (49). È necessario porsi una questione ulteriore. Cos'è l'*essere società* della società araba musulmana, cos'è l'*essere società* della società europea cristiana nello sguardo *coloniale* di Tocqueville?

La società indigena che i francesi si sono trovati di fronte in Algeria è una società che, per quanto erosa nei propri profili, mantiene tratti che continuano a tenerne alto il tasso di impermeabilità ed a resistere alle forme di contaminazione subalterna che l'occupazione induce. Era chiaro fin dal *Travail*: « Les Arabes forment une société fort aristocratique; l'influence que donnent chez eux la naissance, la richesse, la sainteté, est très grande. Les hommes y tient fortement les uns aux autres et en tirant à soi l'un d'entre eux on le fait presque toujours suivre par plusieurs autres » (50). È un passo formulato in esplicita connessione con un

(48) *Oc*, III/1, p. 323.

(49) Che non si tratti di un dato empirico immediatamente spendibile lo indica il fatto che i cabili che abitano le montagne a ridosso della costa, ad esempio, sono islamizzati, ma la loro religiosità meno 'calda' è tutt'uno con il loro diverso modo di agire sociale. Una messa a punto della questione, pur nei limiti di un approccio 'tematico', è in CH. KELLY, *Civil and Uncivil Religions: Tocqueville on Hinduism and Islam*, in « History of European Ideas », 20, 1995, 4-6, pp. 845-850.

(50) *Oc*, III/1, p. 225.

interrogativo del tutto interno alle esigenze di conduzione della guerra (come disarticolare la tenuta sociale dell'insurrezione anti-francese), ma che suggerisce abbastanza chiaramente l'immagine di una 'società' non contrassegnata da orizzontalità e universalizzazione su base territoriale, ma all'opposto da legami policentrici e verticali e dove le relazioni sono personali e si organizzano lungo linee gerarchiche di *status*, tanto da presentare tratti che agli occhi degli europei sono stati erroneamente confusi con quelli di aggregati nomadici ⁽⁵¹⁾. Analogamente si parlerà altrove di *aristocrazie politiche e religiose*. Il *Rapport* del '47 ribadisce il punto, confrontando arabi e cabili: « Chez l'Arabe, la constitution de la société est aussi aristocratique qu' on puisse le concevoir ». Al contrario il mondo cabilo è un mondo geloso della propria indipendenza e più attaccato ai beni materiali, con una vita pubblica e con forme di potere che passano di mano in mano e autorità transitorie ed elettive, che gli fanno venire in mente i Cantoni periferici della Svizzera medievale. Con i cabili forse un'interazione evolutiva, di carattere commerciale e pacifico è possibile in prospettiva. Non così per il mondo arabo ⁽⁵²⁾.

La società arabo-algerina è dunque una 'società aristocratica': certo semicivilizzata rispetto all'Europa, ma che mantiene nella propria irriducibilità un profilo di *maturità* rispetto al proprio tipo sociale ed è quest'ultima che ne determina la resistenza. Tale riconoscimento infatti, se da un lato lascia emergere il tracciato di un immaginario stadiale del processo di civilizzazione che, pur senza esiti universalistici e senza trasformarsi mai in una filosofia della storia, ha più di un punto di contatto con una convinzione analoga di John Stuart Mill, dall'altro entra in comunicazione con un movimento di pensiero sempre al lavoro in Tocqueville che

⁽⁵¹⁾ Si confrontino contrastivamente i passi del *Travail* sull'impossibilità di prescindere dalle città come imperativo per ogni società, per quanto semicivilizzata, e che include anche i popoli nomadi, contestualmente identificati con le tribù arabe (*Oc*, III/1, p. 230), e la loro rettifica implicita nel *Rapport*: « Ainsi, nous n'avons pas tardé à découvrir que les populations qui repoussaient notre empire n'étaient point nomades, comme on l'avaient cru longtemps, mais seulement plus mobiles que celle d'Europe » (*Oc*, III/1, p. 317). È una buona esemplificazione della premessa, conclamata da Tocqueville all'inizio del testo, che i popoli barbari si possono studiare solo armi alla mano.

⁽⁵²⁾ *Oc*, III/1, p. 360-361.

tende a configurare *società* in termini esclusivi e centripeti e trae da questi ultimi la sua identificazione. Quanto Tocqueville scrive, anche se in modo contratto e strategicamente finalizzato sulla società aristocratica araba (« en dominant l'aristocratie, on tient tout le reste », è il corollario del passo riportato sopra), è affatto coerente con quanto espresso in precedenza. L'endiadi *società aristocratica* trova il proprio punto di gravitazione identitario nel secondo termine: è questo che indica i legami che forniscono la connessione orizzontale e quindi la relazione con lo spazio e il suo diventare territorialità, mentre l'integrazione verticale resta localizzata e secondaria (53). Nel caso algerino l'asse comparativo appare spostato dal percorso che ritroveremo in *L'Ancien Régime et la Révolution*, marcato dall'opposizione tipologica e dalla transizione storica di società aristocratica e società democratiche. È tuttavia plausibile sostenere che tale percorso viene a trovare il proprio *anticipato* risarcimento in uno schema al cui interno, come vedremo, l'opposizione si fa *intransitabilità*.

Veniamo così al secondo elemento. « La vérité est qu' il n'existe pas encore en Afrique ce que les Européens entendent pour une société. Les hommes y sont, mais non le corps social » (54): è la conclusione, vagamente amara, che terminava la seconda sezione del *Travail sur l'Algérie* del '41, dando la tonalità di preoccupata urgenza che apre la sezione successiva dedicata alle *réformes nécessaires*. Ma anche un'affermazione che individua coerentemente uno spazio d'azione. Nelle pagine immediatamente precedenti, dove più acra è la critica dell'asfissiante incombenza dell'amministrazione militare e dell'irrisolutezza del governo parigino, prima di entrare nell'analisi di quali condizioni siano necessarie per attrarre i coloni in Algeria, Tocqueville si concede un'osservazione più generale. Polemizzando contro « l'esprit d'hommes de théorie » fautori della costruzione di colonie

(53) È la linea di lettura che G. POGGI ha portato felicemente avanti nel suo *Immagini della società. Saggi sulle teorie sociologiche di Tocqueville, Marx e Durkheim*, Bologna, Il Mulino, 1973 (su Tocqueville, pp. 15-128) e che continua ad offrire potenzialità interpretative per l'insieme dell'opera tocquevilliana non riducibili a mio avviso a un'ottica meramente disciplinare. Sinteticamente sul punto, con riferimento soprattutto a *La démocratie en Amérique I*, cfr. pp. 50-52.

(54) *Oc*, III/1, p. 268.

religiose o economiche ispirate alla proprietà ‘comune’ ⁽⁵⁵⁾, scrive: « Ceux qui ont pu étudier pratiquement cette matière savent au contraire que, pour lutter contre les difficultés sans nombre d’un premier établissement, il ne faut rien moins que toute l’énergie des passions que la propriété individuelle fait naître [...]. Il ne faut jamais perdre de vue [...] que les colons ne sont pas des serfs, mais des hommes indépendants et mobiles qui peuvent ne pas venir ou ne pas rester, suivant leur bon plaisir ». Aggiungendo subito dopo: « Les colonies de tous les peuples européens présentent le même spectacle. La part de l’individu y est partout plus grande dans la mère patrie au lieu d’y être plus petite. La liberté d’action moins restreinte. Cela doit nous servir d’enseignement » ⁽⁵⁶⁾. La colonizzazione in Algeria è dunque un movimento di individui *democratici*, è la democrazia in terra d’oltremare. Essa richieda che venga riconosciuta la superiorità del principio liberale, ma ciò non implica affatto una diminuzione dell’intervento governamentale, esattamente il suo contrario: l’unico vero, assillante problema è quello di avere delle politiche correttamente e determinatamente finalizzate allo sviluppo di tale movimento. Un atto fondativo è tuttavia necessario e questo è certo sul registro della guerra, ma non coincide con essa. Recita il rapporto del ’47 al termine di una sintetica disamina degli sviluppi vittoriosi della guerra e — ciò che è di maggiore interesse — degli sviluppi conoscitivi che essa ha reso possibile acquisire: « La population européenne est venue; la société civilisée et chrétienne est

⁽⁵⁵⁾ Sulla dimensione utopica del progetto coloniale, che vede sovrapporsi educazione politecnica e saint-simonismo nella formazione di non pochi tra i militari e i funzionari coinvolti nella conquista, si veda le pagine che vi dedica SELOUA LUSTE BOULBINA nella *Présentation* alla edizione da lui curata di scritti toquevilliani *Sur L’Algérie*, Paris, Flammarion, 2005, pp. 6-41, specificatamente pp. 22-25. Le Père Enfantin, il pontefice della chiesa saint-simoniana, già reduce da un tentativo egiziano, soggiorna a lungo in Algeria nel medesimo periodo, traendo da tale esperienza il suo voluminoso testo sulla colonizzazione, B.-P. ENFANTIN, *La colonisation de l’Algérie*, Paris, P. Bernard, 1843.

⁽⁵⁶⁾ *OC*, III/1, p. 252. « Il est clair que le pouvoir social doit se mêler de plus de choses, commande et gérer plus souvent les individus dans une colonie comme celle d’Alger dans aucune autre colonie que je sache. Que sa parte doive être grande, je ne le conteste pas. Je veux seulement qu’ on ne perde point de vue qu’ il ne faut faire que ce qui est nécessaire et rien de plus et que c’est sur l’action libre, passionnée et énergique de chaque homme qu’ il faut principalement compter sur le succès » (*Ibidem*).

fondée. Il ne s'agit plus que de savoir sous quelles lois elle doit vivre et ce qu' il faut faire pour hâter son développement » (57). Quale significato ha qui *fondazione*?

Il caso algerino è difforme da ogni precedente, anche da quelli americani in cui l'iniziativa degli individui ha dato forma originale al corpo sociale. Tocqueville ne è consapevole tanto che *singularité* è il termine che più di frequente usa per riferirsi ad esso. Egualmente è conscio della radicale differenza che vi presenta il popolamento coloniale, la colonizzazione in senso proprio. Il lessico attraverso cui si è tradizionalmente pensato all'espansione imperiale sembra non tenere più e necessita di una rideterminazione: dominazione e colonizzazione non possono più essere né pensate separate, né connesse linearmente da una scansione progressiva. L'Algeria richiede per entrambe distinzione e compresenza. « Deux grandes parties du sujet: *domination, colonisation*. Ces deux choses se tiennent. Elles ne pourraient pas exister ni être productives l'une sans l'autre. Elles doivent marcher en même temps. Manière d'arriver à la domination: système de guerre [...] », egli scrive nella nota che accompagna il manoscritto del '41 e ne delinea il tracciato complessivo (58). Non si tratta solo di una determinazione progettuale per il presente, ma di una nuova definizione di cosa significhi essere colonia per l'Algeria, e, si può ben aggiungere, dell'individuazione di un nuovo tipo di relazione coloniale. Sei anni più tardi la riflessione tocquevilliana si spinge oltre, facendo coerentemente un ulteriore passo. La fondazione in Algeria della società europea e cristiana è una *dissociazione* che si realizza attraverso una sua fissazione *costituzionale*. Lo stato sociale democratico esiste in Algeria solo come virtualità *progettuale*: esso ovviamente non ha radici endogene sul territorio, ma ad esso non è sufficiente neppure il profilo antropologico (religioso e etologico) dei democratici coloni europei. Società aristocratica e democrazia si trovano qui in modo del tutto inedito in una relazione di *opposizione* tipologica, come pure di *compresenza* storica. Su questa ambivalenza solo può incidere una decisione fondativa per elisione che sostanzi non tanto la guerra, il conflitto armato, nel suo esito vittorioso, quanto la sua

(57) Oc, III/1, p. 310, corsivo mio.

(58) Oc, III/1, p. 381-382.

specifica *qualità*. Gli individui dei quali Tocqueville ci diceva che ancora non costituivano un corpo sociale, lo diventano per questa via. Nel testo tocquevilliano del 1847 ancora una volta prognosi e diagnosi più che invertirsi entrano in un circolo tanto perverso quanto logicamente virtuoso: la dominazione diventa *le gouvernement indigène*, la colonizzazione fa tutt'uno con *l'administration civile*. La colonia di nuovo tipo di Tocqueville trova in ciò la propria determinazione costituzionale.

5. Quando Mill, oltre la metà degli anni '50, 'scongela' il riferimento a Tocqueville, rinnovando anche, seppure con qualche esitazione e comunque in forme meno cogenti che in precedenza, il rapporto epistolare diretto con lui, la vicenda dei primi anni '40 è ormai lontana. Il percorso di Tocqueville uomo politico, che aveva avuto il proprio apice nella sua breve stagione come Ministro degli affari esteri nel governo del *cittadino* Bonaparte, si è chiuso bruscamente con il *coup* di Louis-Napoléon. I progetti imperiali del bonapartismo redivivo gli sono del tutto estranei. La Francia riassaporava dopo trentaquattro anni il dispotismo burocratico militare e, questa volta, neppure 'condito' da grandezza e gloria. Anche per Tocqueville il dramma si ripresentava come farsa. Dopo il '56 egli è ancora una volta, e solo, l'autore di un grande libro. Eppure è curioso che, pur attraverso un rimando non esplicito e un po' intrusivo a *L'Ancien Régime et la Révolution* ⁽⁵⁹⁾, Tocqueville ricompaia negli scritti di Mill in un contesto in cui ha corso la questione dell'impero. Una volta si sarebbe parlato di involontaria ironia della storia. Non è più espressione spendibile. Eppure a voler indulgere al gioco arrischiato delle analogie, qualcosa che possa essere richiamato c'è.

Se per Tocqueville a coniugarsi con *impero* è il termine *conquista*, nel dibattito britannico sull'India post-insurrezionale è il termine *sicurezza*. L'accento sulla sicurezza non è lo stesso che quello sulla perdita o sul suo rischio. L'India per i britannici non

⁽⁵⁹⁾ In realtà proprio le linee di convergenza e di divergenza tra Mill e Tocqueville sul tema della centralizzazione, nel loro intersecare quello, in qualche modo parallelo, dell'eccezionalismo britannico, permettono di misurare l'ampiezza della curvatura retorica del testo di *A Constitutional View*. Valga come termine di paragone quanto retrospettivamente sintetizza Mill nel sesto capitolo della *Autobiography* nella versione data alle stampe nel 1873 (cfr. *CW* I, p. 201 e ss.).

è a rischio, allo stesso modo che non è la rivolta indiana a mettere *direttamente* in discussione le sorti della Compagnia. Essa ha tuttavia imposto il riconoscimento che ciò che prima era assodato non poteva più esserlo: in India non l'esistenza dell'Impero, ma i suoi profili *costituzionali*. È opportuno riprendere qui il filo da cui si era partiti e ritornare all'opuscolo redatto da Mill a sostegno delle tesi dalla *East India Company. A Constitutional View of Indian Question* è, lo si è detto sopra, è fin dal titolo un testo ancipite che allude a due questioni certo affatto congruenti, ma per più di un aspetto differenti. Si può dire che esso scorra su due piste egualmente orientate, ma che presentano un punto di intersezione che ne sottolinea lo scarto. L'India — vi si sostiene — è stata finora amministrata, sotto il controllo del Parlamento, da un corpo intermedio 'specializzato' che ha dedicato tutto il suo tempo e la sua energia esclusivamente agli affari indiani, impedendone un coinvolgimento nei conflitti di partito inerenti alla scena parlamentare. Ora lo si vuole abolire, sostituendo la « great Corporation, which gained India for this country » con il governo esclusivo di un ministro di gabinetto che ripropone il giogo del vecchio *Colonial Office*, già rivelatosi insopportabile nell'esperienza delle colonie americane, sulla base del male incarnato dal doppio governo e da una responsabilità divisa. « Without discussing what is the value of these objections in the case of India, it is sufficient to observe that they are applicable to every British institution, under which any of the affairs of the public are administrated by an authority independent of the Cabinet ». È un punto di snodo. La Compagnia è fatta rientrare in una classe di enti subordinati, dei quali il primo ad essere richiamato nel corso del testo è la *Trinity House Corporation* ⁽⁶⁰⁾, e in cui sono accomunati vari *Boards* il cui carattere *dedicato* spazia dall'educazione popolare alle ferrovie o ai problemi degli indigenti. Li accomuna il fatto di presentare tutti forme di dualismo gestionale, in cui si intrecciano, seppure in modalità diverse, autonomia di corpo e presenza di indirizzo e di supervi-

⁽⁶⁰⁾ La *Trinity House Corporation* aveva acquisito forzatamente fin dagli anni '30 le *Lighthouses*, i fari costieri, centralizzandone la conduzione. Nella connessione argomentativa dell'opuscolo essa è ricordata per prima perché, proprio nello stesso anno del dibattito sull'India, l'autonomia della sua gestione era stata impugnata in parlamento.

sione del governo, dimensione nazionale e scala locale e settoriale. Li accomuna inoltre — ed è l'aspetto più rilevante — un marcato carattere amministrativo in senso tecnico, dove la concretezza gestionale è gelosamente discosta dai percorsi e dalle modalità del processo decisionale propri del sistema politico.

Il testo dunque punta a una duplice acquisizione argomentativa. Da un lato ritorce contro gli accusatori l'accusa d'anomalia costituzionale rivolta al cosiddetto 'doppio governo' dell'India e la trasforma in un argomento polemico che ne intende sottolineare il carattere di resistenza nei confronti di un disegno di riduzione 'monocratica' ⁽⁶¹⁾. Dall'altro procede surrettiziamente a una omologazione del governo dell'India e di altri corpi subordinati che attribuisce al primo un profilo non più linearmente riconducibile al suo carattere comunque di lascito, storicamente stratificato — e *in tal senso* non occasionale — della vicenda della Compagnia e del suo complesso retrocedere di fronte all'incremento della presa di ruolo del legislativo. In questa direzione si può dire che *A Constitutional View* metta in evidenza qualcosa che non è ricavabile da altro materiale prodotto in quei mesi a supporto della *East India Company*. Non limitandosi a difenderne la funzione storica ed a invocare l'inopportunità di ciò che taccia come una sbrigativa e poco meditata liquidazione, esso fornisce a tale perorazione una dimensione aggiuntiva al cui interno si intravedono i tratti di un vero e proprio modello che riproietta in avanti *alcuni* ingredienti di quella vicenda, facendone gli elementi portanti e non più provvisori (foss'anche 'indeterminatamente' provvisori) di una costruzione e di una prospettiva per il futuro.

La prima acquisizione si volge a supportare l'accusa di assalto alla tradizione 'costituzionale' insulare rivolta al progetto di *statute*

⁽⁶¹⁾ « If the cry of Double Government is to prevail, none of the free institutions of this country, except perhaps the House of Commons, are safe; and we may be thankful if the principle is not applied to Parliament too. All government, except the single government of one man, is double government, or treble government, or quadruple government; and if the people of England, in a case of such magnitude of India, allow this plea to be successful, and the intermediate body which administers that country under the Crown to be superseded by the undivided power of a Minister and his subordinates, they will sanction a principle and establish a precedent which they may before long have reason to regret » (*CW* XXX, p. 178).

sull'India ed è di natura essenzialmente retorica, tanto che una nota impudicamente strumentale traspare qua e là nel crescendo enfatico del testo. Solo lo schermo dell'anonimato poteva infatti evitare che il lettore contemporaneo mettesse direttamente a confronto i *felici* esempi enumerati da Mill di 'doppio governo' e il passo dei suoi popolari *Principles of Political Economy* in cui nei medesimi o in analoghi casi un'assunzione diretta sia funzionale, sia gestionale da parte dello stato, invece ch'essere denunciata, era, anche se in via ipotetica, ammessa e forse persino caldeggiata ⁽⁶²⁾. Anche perciò è possibile azzardare, pur nei limiti posti dal genere del *pamphlet*, che nell'ordine del testo essa assolve a una funzione propedeutica e che il vero baricentro argomentativo vada cercato più avanti. La seconda acquisizione presenta infatti aspetti di complessità maggiore e pone in questione la natura stessa della relazione con la più estesa delle dipendenze britanniche, dilatando la portata dell'aggettivo *constitutional* esibito nel titolo dell'opuscolo al più esteso dei domini 'coloniali' britannici.

Ci aiuta il ricorso a un altro documento di quel periodo che, sebbene con una connotazione più istituzionale, si presenta più discosto dalla scena della *public opinion* e forse perciò più disinvolto e franco. Si tratta del *Report to the General Court of Proprietors, Drawing Attention to the Two Bills Now before Parliament Relating to the Government of India* redatto da John Stuart Mill a nome dei *Directors* della Compagnia ⁽⁶³⁾. Porta la data del 29 aprile 1858 — giusto il giorno prima che ai Comuni fosse presentata una nuova redazione del *Bill* — ed è quindi pressoché

(62) « Whatever if left to spontaneously agency, can only be done by a joint-stock associations, will often be as well, and sometimes better done, as far the actual work is concerned, by the State. Government management is, indeed, proverbially jobbing, careless, and ineffective, but so likewise has generally been joint-stock management [...]. The defects of government management do not seem to be necessarily much greater, if greater at all, than those of management by joint-stock ». Il passo, tratto dalla sezione 11 del capitolo XI del quinto libro dei *Principles*, è celebre, non fosse altro per il risalto che gli attribuisce ALBERT VENN DICEY — riportandolo proprio a proposito di ferrovie (uno degli esempi milliani richiamati in *A Constitutional View* cit., p. 177) — nella settima delle sue *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, London, Macmillan, 1924², p. 427-428.

(63) London: Printed for the Court of Directors of East India Company by Cox and Wyman, 1858, ora in *Cw XXX*, pp. 161-171.

contemporaneo di *A Constitutional View*. Alcuni elementi indurrebbero a considerarlo successivo, anche se di poco, ma la diversa qualità illocutiva dei due testi rende difficile, in assenza di ulteriori elementi documentali, una periodizzazione definitiva.

Punto di partenza è la constatazione che, se un mutamento d'opinione a favore della Compagnia c'è stato e lo si registra anche in Parlamento nella difficoltà di trovare un esito positivo per il nuovo *Bill* presentato ai Comuni da Disraeli per conto di Lord Derby, la volontà politica di andare oltre ad essa nella sistemazione della questione indiana è ormai pressoché insormontabile. Se tuttavia, prosegue il *Report*, « the constitution which has made the Indian Government what is it, must be abolished, because it is thought defective in theory, what is substituted at least be theoretically unobjectionable. But the constitution of the East India Company, however anomalous, is far more in accordance with the acknowledged principles of good government than either of the proposed Bills ». Il problema dell'anomalia è ancora presente, ma questa volta declinato in maniera affatto differente. Qui non ci sono né fari costieri, né ferrovie. Se in *A Constitutional View* l'anomalia del 'doppio governo' indiano era stemperata e risolta nell'indicazione di una classe di *administrative agencies* delle quali era rivendicato un profilo conforme, ora essa viene rivendicata nella propria singolare eccezionalità.

« The nature of the case is, indeed itself so anomalous », continua il *Report*, « that something anomalous was to be expected in the means which by which it could be successfully dealt with. All English institutions and modes of political action are adapted to the case of a nation governing itself. In India, the case to be provided for is that the government of one nation by another, separated from it by half the globe; unlike it in everything which characterizes a people; as a whole, totally unacquainted with it; and without time or means for acquiring knowledge of it or its affair. History presents only two instances in which these or similar difficulties have been in any considerable degree surmounted. One is the Roman Empire; the other is the government of India by the East-India Company » ⁽⁶⁴⁾. L'irrompere di tale generalizzazione ha un aspetto a

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*, p. 164.

prima vista incidentale e introduce uno sviluppo argomentativo centrato completamente sulla discussione in corso a proposito della composizione del Consiglio che dovrebbe affiancare il nuovo ruolo del gabinetto. Vale tuttavia una considerazione, anche perché, almeno contestualmente, non risulta del tutto perspicua. Nella sua laconicità il riferimento all'impero romano sembra stare nei limiti di un'allusione al carattere imperativo e militare rivestito dal governatorato romano delle province in contrapposizione alla dimensione processualmente deliberativa che le articolazioni del governo dell'India avevano fino ad allora nella complessa interazione tra governo sul territorio e *Home Government* e tra istanze propriamente della Compagnia e istanze sovraordinate di supervisione politica. Ma non può sfuggire la connotazione di *esclusività* di tale alternativa. Il riferimento al precedente imperiale che poco dopo il testo esibisce è tutto in negativo: l'idea del governo ministeriale ha fatto perdere alla Gran Bretagna le sue principali colonie, quelle che hanno poi dato vita agli Stati Uniti d'America, e ha posto a rischio anche le altre più importanti colonie americane ⁽⁶⁵⁾. Quindi resta solo la via della Compagnia e, se questa la si vuole abolire, bisogna costruire qualcosa che la possa sostituire sotto lo stesso segno e nel medesimo orientamento. Ciò che il *Report* non prende in considerazione, anzi apertamente e preliminarmente esclude è la possibilità di assumere come attinente la dinamica e le problematiche dei possedimenti coloniali britannici successive alla rivoluzione e all'Indipendenza americana, pur nella diversità di soluzioni costituzionali e governamentali, dal Canada, che pure aveva visto necessario un passaggio insurrezionale per trovare una sistemazione costituzionale, alle isole britanniche nei Caraibi. Questi possedimenti sono in buona parte *colonie* in senso proprio o comunque possedimenti investiti da un processo di colonizzazione. L'India invece è l'India. « The colonial administration of this country has only ceased to be a subject of a general condemnation since the principle has been adopted of leaving all the important colonies to manage their own affairs, — a course which cannot be followed

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*, p. 165.

with the people of India » ⁽⁶⁶⁾. Anche per essa pare valere il termine impiegato da Tocqueville per l'Algeria, *singularité*.

Non è casuale che nel *Report* la parola più impiegata per definire il rapporto con le popolazioni native, induiste o musulmane, sia *protection*. È sempre stato chiaro — e dopo la rivolta dei *Sepoys* lo è anche di più — che il dominio britannico sull'India non può basarsi sulla mera forza. Nell'incolmabile disparità numerica tra le masse indiane e la presenza, anche militare, britannica la massima che la forza è sempre sul versante dei governati trova una conferma irrefutabile. Sola la relazione di protezione può sostanziare la subordinazione e quindi la *sicurezza*. Nelle condizioni dell'India, governata dall'esterno, ma anche incapace di autogoverno, essa non può però determinarsi come relazione politica. Soprattutto non può correre il rischio di essere trascinata e coinvolta senza esiti incontrollabili e squilibranti nelle dinamiche del processo politico che dovrebbe determinarne il governo. La separatezza dell'India è innanzitutto un dato necessario sul versante dei *governanti*. L'insistenza del *Report* sul profilo del *Council* proposto dai due *Bills* trova in questo contesto una motivazione non occasionale.

Se la necessità che ogni organo di governo trovi un'istanza di controllo può considerarsi acquisita, nel caso dell'India l'usuale controllo esercitato dal Parlamento risulta insufficiente e inappropriato, almeno in senso ordinario; « the constitutional checks applicable to a case of this peculiar kind, must be found within the governing body itself ». Ciò rimanda direttamente alla questione del capitale di conoscenze e di esperienza necessario a tale scopo, un capitale che solo coloro che hanno avuto a che fare a lungo e direttamente con l'India è plausibile pensare posseggano. Il governo della Compagnia era certo costituito su di una base di questo genere, ma qualsiasi schema di governo dell'India non può farne a

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*. Un chiarimento indiretto al riguardo risulta disponibile in un successivo opuscolo di Mill a commento del *Bill* del 30 aprile 1858, *Practical Observations on the First Two of the Proposed Resolutions on the Government of India* (London, Penny, 1858, ora ripreso in *Cw* XXX, pp. 185-192). Il testo, annotando il passo in cui si parla della necessità di trasferire il governo dell'India alla Corona « in order that the direct superintendence of the whole empire may be placed under one executive authority » utilizza estendendola la lista enunciata per gli *intermediate bodies*

meno. In questo senso il rapporto tra il ministro segretario di stato per l'India e il consiglio previsto da tutti i diversi progetti di *statute* viene ad assumere agli occhi di Mill un carattere dirimente. « The other great constitutional security for the good government of India lies in the forms of business. This is a point to which sufficient importance is not generally attached. The forms of business are the real constitution of India [...]. The good government, therefore, of India, by a Minister and a Council, depends upon the influence possessed by the Council; and their influence depends upon the forms of business » (67).

Dato che si vuole che la disposizione finale spetti al membro del gabinetto, a un uomo cioè che comunque sarà più preoccupato della Gran Bretagna che dell'India anche quando si occuperà di quest'ultima e inevitabilmente sarà meno avvertito e competente in materia di qualsiasi membro del Consiglio, quanta autorità e influenza potrà avere quest'ultimo nella formazione delle decisioni? Autorità e influenza coincidono in tale situazione con il grado di autonomia che si vuole a esso attribuire. Il criterio per giudicare nel merito le proposte governative, per quanto sbagliate esse siano nella finalità primaria, deve essere questo e il *Report* milliano dedica le sue parti finali a valutare in termini sostanziali la diversa configurazione e la diversa composizione che le varie proposte riservano al *Council*: più autonoma la prima nella proposta di Palmerston, più ampia nella sua componente elettiva la seconda nella proposta di Lord Derby. Ciò che si evidenzia tuttavia è l'emergere in sotto-traccia di una strategia alternativa alla difesa intransigente della

in *A Constitutional View*, allo scopo di sottolineare la congruità costituzionale di situazioni sovrintese dalla Corona, ma amministrare, almeno in parte, indipendentemente. Il caso delle colonie è l'ultimo posto in elenco. « Finally, the colonies are *superintended* by governors appointed by the Crown; but, with some insignificant exceptions, they are administered by the Boards by local cabinets virtually chosen by the parliaments of these colonies, and responsible to them, in the same manner as the Cabinet of the British empire is responsible to, and is virtually chosen by, the British Parliament ». Poi si passa al caso dell'India, che è appunto il caso al cui proposito si perora la difesa della Compagnia. Il riferimento alle colonie e loro collocazione finale nella lista opera nel senso sia di una congiunzione di genere, sia di una disgiunzione specifica: casi entrambi che offrono istanze separate di sovrintendenza e di amministrazione, ma casi diversi e non omologabili.

(67) *Ibidem*, p. 166.

Compagnia, il cui perno è l'accettazione dell'inevitabile mutamento di scenario e la riproposizione, *al di là* della permanenza della *East India Company* e della sua legittimità storica, della centralità di un elemento indipendente dal potere politico al cuore stesso della risoluzione parlamentare. « The opinion of your Directors is, that by all constitutional means the passing either Bill should be opposed; but that if one or the other should be determined on for the purpose of transferring the administration, in name, from the East-India Company to the Crown, every exertion should be used in its passage through the committee to divest it of the mischievous features by which both Bills are now deformed, and to maintain, as at present, a really independent Council, having the initiative of all business, discharging all the duties, and possessing all the essential powers of the Court of Directors »⁽⁶⁸⁾. È qualcosa che va oltre al tentativo di garantire una fantasmatica presenza *post mortem* della Compagnia. È l'irrinunciabile necessità che a governare l'India sia la *differenza* costituita da un'*agenzia governamentale*, al cui interno la presenza governativa assolve tendenzialmente un mero ruolo di garanzia, sottolineando uno scarto incolmabile con la complessiva connotazione rappresentativa del governo politico britannico.

L'origine dell'ultimo capitolo, il diciottesimo, delle *Considerations on Representative Government* dedicato al *Government of Dependencies by a Free State* va trovata in questi testi. Quale che ne sia la composita stratificazione ideologica che lascia intravedere il proiettarsi sullo schermo indiano dei vari momenti della biografia intellettuale milliana, esso non avrebbe potuto trovare la propria formulazione senza la prestazione intellettuale condotta a caldo nell'*impossibile* difesa della *East India Company*. Qui non si tratta tanto di affermare il parallelismo tra il *clerk* e l'*uomo di libri* come ha insistito la letteratura recente in opposizione alla tradizionale immagine, alimentata in qualche misura dallo stesso Mill, di una loro impermeabile separazione, quanto di porre in primo piano il carattere costitutivo che gioca il risarcimento teorico di un'impossibilità concreta, quella della sopravvivenza della Compagnia, nel mettere in forma una lunga elaborazione che si era espressa fino ad allora solo in termini frammentari e che solo nel pensare *costitu-*

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*, pp. 170-171.

zionalmente il governo indiano perveniva a trovare una saldatura complessiva ⁽⁶⁹⁾.

A partire dall'esperienza britannica, Mill distingue nell'opera del 1861 due modi di rapportarsi alle dipendenze. Il primo, secondo il quale la 'madrepatria' si riserva un ruolo di sovraordinazione federale, seppure tendenzialmente consensuale, riguarda « *outlying populations as were of her own blood and language, and [...] some who were not* » cui l'Inghilterra ha dato sulla base di un raggiunto comune grado di civiltà i medesimi istituti rappresentativi e le stesse possibilità di autogoverno di cui ha dotato se stessa. Il secondo riguarda le dipendenze che, non avendo raggiunto un tale stadio, non sono in grado di governarsi da sé e necessitano quindi di essere governate in termini che Mill non esita a definire dispotici. Un vigoroso dispotismo è un mezzo buono come qualsiasi altro se può facilitare l'accesso a un livello superiore di civiltà. Ma un *buon* despota è un fenomeno raro e occasionale all'interno di un popolo barbaro o semibarbaro, mentre è ragionevole pensare che, se un popolo più avanzato ne domina uno più arretrato, il primo possa — e debba — fornire stabilmente al secondo un dispotismo *utile*. « *The ruling country ought be able to do for the subjects al that could be done by a succession of absolute monarchs, guaranteed by irresistible force against the precariousness of tenure attendant on barbarous despotisms, and qualified by their genius to anticipate all that experience has taught to the more advanced nation* » ⁽⁷⁰⁾. Per quanto si tratti di una costruzione ideale solo approssimabile, essa non può non obbligare moralmente il paese dominante e indirizzarne il comportamento. La distinzione proposta da Mill in realtà tuttavia si regge, nella compresenza tassonomica delle due modalità, solo se la relazione dispotica trova una definizione che non conflaghi con la natura di stato libero del paese dominante.

Il grado di generalizzazione discorsiva che domina il capitolo

⁽⁶⁹⁾ Il saggio di E. P. SULLIVAN, *Liberalism and Imperialism: J.S. Mill's Defense of the British Empire*, in « *Journal of the History of Ideas* », 44, 1983, 4, pp. 599-617, seppure non privo di meriti, manca tuttavia di cogliere il processo genetico del pensiero milliano sull'impero e di registrarne le scansioni, rischiando di omologarne fasi differenti in una sistematizzazione alla fine fuorviante.

⁽⁷⁰⁾ J.S. MILL, *Essays on Politics and Society* II, a cura di J.M. ROBSON, Toronto, University Press of Toronto, 1977 (CW XIX **), p. 567.

resta ampio, ma il riferimento indiano — conclamato da un impagabile « India, by example » — accompagna a partire da questo punto tutte le pagine successive. Un governo *diretto* che esprima contemporaneamente un'istanza rappresentativa e un'istanza dispotica, inevitabile se una dipendenza di tale genere fosse governata da parte di un membro del gabinetto del paese dominante, non potrebbe che risultare contraddittoria, incorrendo di continuo nel pericolo di un duplice inquinamento. Anche se Mill insiste soprattutto sul rischio del venire meno dei doveri nei confronti del paese dominato, è abbastanza evidente il crearsi di una pericolosa simmetria nel prodursi di una pericolosa fonte di corruzione anche per il paese dominante. Un popolo non può governarne un altro più arretrato, almeno non utilmente per quest'ultimo e non senza azzardi per sé. Può al contrario produrre per esso dei buoni governanti, vettori di un dispotismo *informato* e *previdente*, e dotarlo con ciò di *rulers* che instaurano con i propri sottomessi relazione *non politiche*, garantendo loro la necessaria protezione e nel contempo immunizzando se stesso da pratiche regressive, come l'inevitabile precedenza che sarebbe concessa *comunque* ai propri connazionali, se a loro si dovesse direttamente e in primo luogo rispondere.

Quello che Mill definisce « the conclusive chapter of my treatise on Representative Government » non ne è in alcun modo un'appendice da cui è possibile — come hanno fatto pressoché tutti coloro che si sono occupati dell'opera del '61 — prescindere per la comprensione dell'architettura complessiva del testo. La classificazione duale offerta dal capitolo sulle dipendenze di uno stato *libero* richiede una disgiunzione sul versante di quest'ultimo e questa è tanto più netta quanto più lo stato libero è chiamato in causa direttamente e non solo nel suo costituire il modello di riferimento cui, seppure in modo subordinato, le colonie civilizzate tendono a conformarsi. La logica che presiede tale scansione classificatoria rompe qualitativamente la complessità e la pluralità delle soluzioni istituzionali e di governo all'interno dell'impero e ne sterilizza la comunicazione. Essa opera su entrambi i lati della relazione tra dominanti e dominati, determinando *qualitativamente* le griglie di accesso ai percorsi di rappresentanza e di democratizzazione e misurandone la portata sul criterio di un'acquisita condizione che

da civile diventa *civilised*. In questo orientamento la posizione di Mill è certo intenzionalmente opposta a quella dei molti — e tra loro il principale antagonista delle tesi espresse in *On Liberty*, James Fitzjames Stephen — che, dopo gli anni '50, della propria esperienza come funzionari amministrativi e giudiziari in India faranno una leva per irrigidire in senso conservatore e autoritario le aperture in senso democratico del proprio iniziale liberalismo. La nettezza della separazione ha tuttavia una valenza immunitaria i cui effetti di circolarità presentano tratti inquietanti e imprevedibili: non solo la distinzione tra voto leggero e voto pesante o plurimo caldeggiata nella *Considerations*, ma la stessa idea, avanzata successivamente da Mill, di un abbandono britannico dell'Irlanda a causa dell'inassimilabilità allo schema della civilizzazione ⁽⁷¹⁾ rappresentano elementi di cui è difficile non cogliere il tratto non pienamente consapevole di un effetto *feed back* ⁽⁷²⁾. Resta che, reclamando la *spoliticizzazione* del rapporto con coloro che tengono i posti più arretrati nella scala del progresso, il dispotismo *occidentale* è l'ultima parola di Mill sulla 'reale costituzione dell'India'.

Non è possibile soffermarsi sugli esiti successivi del *Bill* indiano e sullo spazio che la figura del *Council* troverà nello sua promulgazione definitiva ⁽⁷³⁾, né analizzare le notazioni che le *Considerations* offriranno a proposito dei mutamenti successivi del governo

⁽⁷¹⁾ Sul punto si veda ZASTOUPIL, *Moral Government*, cit. pp. 714-715.

⁽⁷²⁾ In questo orientamento appare chiara la potenzialità produttiva di rileggere questo aspetto della problematica milliana (ma più generalmente l'intera questione del 'corpo dell'impero') alla luce delle prospettive di ricerca aperte da ROBERTO ESPOSITO nel suo *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, Einaudi, 2002, specialmente per quanto concerne il rapporto tra strategie di appropriazione e d'assimilazione e reazione immunitaria.

⁽⁷³⁾ La figura del Segretario di Stato, cui erano trasferiti tutti i poteri della Compagnia e del *Board of Control* che vi sovrintendeva, era tenuto a esercitarli congiuntamente a un Consiglio di quindici membri, di cui otto erano di nomina reale e sette eletti dalla uscente *Court of Directors* della *East India Company* e che potevano essere rimpiazzati solo dalla Corona e dal Consiglio stesso. Il Segretario di Stato doveva sottoporre al Consiglio tutti gli ordini e i dispacci per l'India, pur mantenendo la decisione ultima, salvo che su questioni di spesa che richiedessero fondi indiani o sulla concessione di nomine o privilegi, nel cui caso il parere della maggioranza del Consiglio era vincolante. La Compagnia era abolita, ma la questione del governo dell'India restava in qualche modo aperta e il suo profilo permaneva 'anomalo'.

britannico sul territorio indiano, specialmente quelle, sostanzialmente favorevoli, riguardanti la creazione della nuova carica di *viceré*. Vale tuttavia registrare come, nonostante Mill non rinunci a iterare in tutti gli scritti successivi un giudizio amaro e nostalgico sull'abolizione del carattere governamentale della Compagnia, il giudizio finale sulla battaglia *perduta* presenti incontrovertibili accenti di segno contrario. Scrivendo l'8 luglio a Henry Chapman, Mill afferma: « The East India Company has fought its last battle, and I have been in the thick of the fight. The Company is to be abolished, but we have succeed in getting nearly all the principles which we contended for, adopted in constituting the new government, and our original assailants feel themselves much more beaten than we do. The change though not so bad as at the first seemed probable, is still, in my opinion, much for the worse » (74). È stato scritto che in ciò Mill non ha resistito a una nota di personale trionfo (75). Probabilmente a ragione.

(74) *The later letters of John Stuart Mill 1849-1873*, a cura di F. E. MINEKA and D. N. LINDLEY, Toronto, University Press of Toronto, 1972 (CW XV), p. 560.

(75) Così M. MOIR nella sua importante *Introduction* a CW XXX, p. XXXVIII.

GIOVANNI CAZZETTA

PREDESTINAZIONE GEOGRAFICA E COLONIE DEGLI EUROPEI. IL CONTRIBUTO DI ATTILIO BRUNIALTI

1. « Il programma che noi altri si vagheggiava... ». — 2. Predestinazione geografica. — 3. Confini della geografia, confini del diritto. — 4. L'Italia per gli italiani. — 5. Scoprire l'ignoto. — 6. L'espansione coloniale si impone. — 7. Senso feroce e mite sentimento: l'organizzazione della colonia. — 8. Emigrazione e conquista: una nuova Italia nella regione platense. — 9. Scienza politica, scienza giuridica e sogno coloniale.

1. « *Il programma che noi altri si vagheggiava...* ».

Nel 1897 la *Biblioteca di Scienze politiche*, collana di diffusione delle principali opere della cultura giuridica straniera in Italia, dedica un poderoso volume al tema della colonizzazione. Seguendo l'impostazione di fondo che dalla metà degli anni Ottanta caratterizzava la Biblioteca, la traduzione italiana dell'opera di Paul Leroy-Beaulieu sulla colonizzazione presso i popoli moderni e quella di altri scritti sull'espansione coloniale è accompagnata da un'ampia introduzione del curatore, Attilio Brunialti, che illustra il tema delle « colonie degli italiani » con l'ambizione dichiarata di porre una « storia nostra » accanto a quella delle potenze europee e, soprattutto, di disegnare anche sul tema del colonialismo un programma scientifico per il politico, assecondando così la vocazione di tutti i volumi della Biblioteca ⁽¹⁾. Pur essendo stato progettato da tempo, il volume vede la luce solo dopo la sconfitta di

⁽¹⁾ Cfr. *Biblioteca di Scienze politiche e amministrative*, Seconda Serie, vol. 9, Torino, Utet, 1897. Il volume contiene A. BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani* (pp. 1-520); seguito da un'appendice di G. GORRINI, *I primi tentativi e le prime ricerche di una colonia in Italia (1861-1882)* (pp. 521-545); seguono poi le opere tradotte: P. LEROY-BEAULIEU, *La colonizzazione presso i popoli moderni*, con le prefazioni alla prima edizione del 1874, alla seconda del 1882, alla terza de 1885 e alla quarta del 1891 (pp. 1-703); J.R. SEELEY, *L'espansione dell'Inghilterra* (pp. 707-888); J. DEL PEROJO, *La colonizzazione*

Adua, nel momento meno propizio per la divulgazione di un disegno coloniale *scientifico* e per l'esaltazione della *storia nostra*. Dopo Adua il canovaccio del troppo ampio saggio introduttivo appare tragicamente in contrasto con gli obiettivi che si propone di raggiungere: i riferimenti alle remote vicende coloniali « degli antichi italiani », il racconto delle « colonie italiane nel medioevo » e l'insistenza sul lungo percorso che inesorabilmente porta l'Italia nel novero delle grandi potenze, ingigantisce il contrasto esistente tra l'invenzione di una lunga storia coloniale e la prosaica realtà che aveva condotto ad Adua.

Sostenitore sin dalla prima ora della necessità di un'espansione coloniale dell'Italia, il curatore del volume tenta di sminuire quest'effetto inserendo alcune variazioni sull'abituale percorso argomentativo che caratterizzava da quasi trent'anni i suoi interventi sul tema. La strategia retorica prescelta è quella di mostrare un incolmabile distacco tra il colonialismo della politica e quello della scienza, tra le scelte coloniali concrete, immiserite da interessi partigiani e strettoie burocratiche, da debolezze ed errori, e il progetto di un colonialismo virtuoso e nobile, prudente, consapevole dei veri caratteri della natura umana, attento alla storia e alla geografia. Seguendo questa distinzione, il progetto di espansione coloniale può essere conservato immutato; restano intatte infatti le sue ragioni 'di sempre', così come restano intatte le verità, sostenute dalla scienza, riguardo al destino dei popoli 'superiori' e 'inferiori'. La contrapposizione con l'incerta e altalenante politica coloniale portata avanti da governi ritenuti ora troppo timidi ora sconsideratamente audaci, le disfatte della politica, rafforzano, in fondo, il programma coloniale 'vero', quello 'scientifico': quel programma — restato sempre minoritario e inascoltato anche quando la scelta colonialista appariva prevalente — può dunque riproporsi anche dopo Adua come destinato ad affermarsi.

La scissione tra la politica e la scienza (o, meglio, tra la politica reale e la politica scientifica) per quanto approssimativa, mantiene insieme i diversi tasselli del discorso, consente di individuare meriti e responsabilità, aiuta a ricostruire il recente passato, offre sicure

spagnola (pp. 889-907); M. DUBOIS, *Sistemi coloniali e popoli colonizzatori. Dottrine e fatti* (pp. 909-1021).

prospettive per l'avvenire. Brunialti può così rivendicare il merito di aver contribuito « a determinare il movimento coloniale della moderna Italia » (2) e nello stesso tempo essere assolutamente certo che il suo colonialismo nulla abbia a che fare con la politica italiana in Africa e con la successione di errori che avevano portato ad Adua. È, anzi, proprio dalla considerazione della sua esperienza di coerente fautore del progetto di espansione coloniale (un progetto sostenuto con forza sia all'inizio degli anni Settanta, « quando era pressoché inutile parlare di colonie », sia alla metà degli anni Ottanta, « quando accennava a farsi viva la coscienza del compito nostro », sia « tra le esagerazioni del presente » (3)) che scaturisce la certezza di un'assenza di proprie responsabilità, la certezza di « avere le mani monde di sangue africano » (4). Le responsabilità stanno altrove: sono nelle troppe cautele di Mancini e di Depretis (5), nelle poco meditate manovre di Crispi, afflitto da « antica e insanabile megalomania » (6), nella mancanza di coraggio e nel pregiudizio anticoloniale di Sidney Sonnino e di Giuseppe Saracco, « veri autori dei nostri disastri » (7). Il « programma » nulla ha invece da rimproverarsi e può, anzi, essere ancora riproposto con « fede immutata » anche in un momento in cui la politica coloniale torna ad essere « poco simpatica »:

« quel poco di buono che è stato fatto risponde al programma che noi altri si vagheggiava, con Cesare Correnti, con gli altri che primi studiarono

(2) BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, cit., p. 18.

(3) Ivi, pp. 18 e 327.

(4) Ivi, p. 520.

(5) Ivi, p. 427.

(6) Ivi, p. 497. Sul tema si cfr. CRITO [BRUNIALTI], *La megalomania politica e l'Italia di fronte al Vaticano e all'Europa*, in « Rassegna Nazionale », XII, vol. XLIX (16 settembre 1889), pp. 314 e ss., ove si riprende un intervento di Jacini riguardo alla « megalomania politica » come « malattia del secolo », ma si difende comunque l'esigenza di un dominio coloniale italiano (p. 319). Riguardo all'ostilità di Brunialti nei confronti di Crispi e per quanto attiene alla sua collaborazione con il periodico del conciliatorismo italiano, si cfr. O. CONFESSORE, *La "Rassegna nazionale" e la politica coloniale crispina (1893-1896)*, in « Rassegna storica del Risorgimento », LIV, 1967, pp. 11 e ss.; più in generale sul tema si cfr. A. CANEVARO, *I cattolici di fronte al colonialismo*, in *Adua. Le ragioni di una sconfitta*, a cura di A. Del Boca, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 91 e ss.

(7) « Su di loro ricadono principalmente il sangue versato, lo scemato prestigio nostro [...] il disastro... ». BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, cit., p. 505.

il fenomeno delle emigrazioni italiane, che primi si occuparono d'Africa, che per anni ed anni predicarono che anche l'Italia doveva avere le sue colonie. [...] Fondare ovunque [...] emporii marittimi, come Massaua, che non avrebbe dovuto mai essere altro, prepararci ad occupare la Tripolitania e soprattutto concentrare la nostra emigrazione nella regione platense...: ecco il programma al quale ho serbato e serbo fede immutata »⁽⁸⁾.

Ovviamente le scelte politiche della classe dirigente e il programma dei primi predicatori dell'espansionismo coloniale erano ricchi di punti di incontro, di errori e di responsabilità condivise; ma più che insistere su quest'aspetto vorrei qui provare a seguire il percorso attraverso cui l'ampollosa retorica di quel vagheggiato programma si prende progressivamente sul serio, si propone come dichiarazione di un destino del Paese, come fondamento e guida (scientifica) dell'azione politica.

Particolarmente attivo a divulgare tale programma nella scienza giuridica italiana, Attilio Brunialti si presenta come il personaggio ideale per analizzare questa trasformazione e per tentare di comprendere quale fosse il retroterra culturale, il progetto (o, come egli afferma spesso, « il sogno ») presente dietro alle pagine tecniche dedicate dai giuristi italiani al diritto coloniale. Più attento alla divulgazione di modelli politici che al dato tecnico-giuridico, sostenitore di un diritto costituzionale aperto alle influenze della politica e nello stesso tempo teorizzatore, con la sua *Biblioteca di Scienze Politiche*⁽⁹⁾, della necessità di indirizzare scientificamente la

⁽⁸⁾ Ivi, p. 519.

⁽⁹⁾ Brunialti diresse la *Biblioteca di scienze politiche* dall'anno della sua fondazione sino al suo termine, nel secondo decennio del Novecento. Le prime due serie della Biblioteca furono dirette dal solo Brunialti, nella terza serie egli fu affiancato nella direzione da Oreste Ranelletti e Giulio Cesare Buzzatti. Nella *prima serie* (1884-1892) l'interesse fu rivolto alla democrazia, presentando la prima traduzione in italiano dell'opera di Tocqueville (vol. I), alle forme di governo (vol. II), al governo parlamentare inglese (voll. III e IV), alle libertà negli Stati moderni (vol. V), agli Stati federali (vol. VI), alle diverse dottrine dello Stato (vol. VII) e ai rapporti tra Stato e Chiesa (vol. VIII). La *seconda serie* (1894-1914), quella in cui è inserito nel 1897 il volume sul colonialismo, prestò maggiore attenzione a temi amministrativistici: nel primo volume si traduce, ad esempio, il manuale di pubblica amministrazione di Lorenz von Stein, nel terzo quello di Rudolf von Gneist sull'amministrazione e il diritto amministrativo inglese. Le ampie prefazioni ai volumi sono tutte firmate da Brunialti che, per altro, inserisce come volumi autonomi della seconda serie anche i suoi manuali di diritto costituzionale e di diritto amministrativo. La *terza serie* si caratterizzò per un taglio più

politica, Brunialti divulga un progetto coloniale che rivendica una sua neutralità scientifica, mirando ad accreditarsi, grazie a certezze attinte a piene mani da disparati campi del sapere e grazie a un'utilizzazione disinvolta di svariati approcci metodologici, come espressione inevitabile, « necessaria », del corso della storia.

Brunialti non affronta mai direttamente il tema del fondamento giuridico del colonialismo, non tenta mai di risolvere gli innumerevoli contrasti teorici esistenti tra il suo diritto costituzionale tutto fondato sulla sovranità nazionale e il suo progetto di espansionismo coloniale. L'interrogativo di come possa un'Italia affermatasi come Stato « nel nome del principio di nazionalità » sostenere una politica coloniale, di come possa chi ha voluto *l'Italia per gli italiani* non lasciare *l'Africa agli africani*, trova risposte ritenute coerenti solo sottolineando ripetutamente la « necessità » del programma coloniale; una necessità resa manifesta dalla storia, dalla geografia, dalla politica economica, dalla statistica, dall'etnografia; una necessità provata dalla scienza politica.

« Affermati nel principio di nazionalità, contro qualsiasi estraneo intervento, noi dovevamo essere larghi di simpatie per tutti i popoli che seguivano il nostro esempio, né prestarci mai a smentire, colla diplomazia, o, peggio, colle armi nostre, quei principii che erano stati la nostra salvezza [...]. Sennonché il mantenimento della pace, e la tutela dei nuovi principi del diritto delle genti, costituivano un'azione negativa, e questa non poteva, non doveva bastare a una nazione come l'Italia ⁽¹⁰⁾. [...] Abbiamo voluto l'Italia per gli italiani e sarebbe ora giusto lasciar l'Africa agli africani. Ma tranne su pochi litorali deserti o quasi inaccessibili, chi getta gli occhi sulle carte vedrà l'Africa tutta colorata dei colori europei [...]. Perché trascurare allora l'occasione di avere anche noi uno spiraglio, d'impadronirci d'una delle vie per l'interno? » ⁽¹¹⁾.

Forse sarebbe giusto lasciare l'Africa agli africani; ma il dubbio

tecnico-giuridico e per una maggiore attenzione alle questioni di diritto internazionale, con importanti traduzioni come quella di Laband (*Il diritto pubblico dell'Impero germanico*) e di Triepel (*Diritto interno e diritto internazionale*). Riguardo all'apporto dato da Brunialti alla divulgazione della cultura politica si cfr. I. PORCIANI, *Attilio Brunialti e la « Biblioteca di Scienze politiche »*. Per una ricerca su intellettuali e Stato dal trasformismo all'età giolittiana, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di Aldo Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 191 e ss.

⁽¹⁰⁾ BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, Milano, Brigola, 1885, p. XI; cfr. anche pp. 11 e 12.

⁽¹¹⁾ Ivi, pp. 342 e 343.

si affievolisce di fronte alle ragioni della politica e scompare del tutto allorché a sostegno del programma coloniale si pone l'inconfutabile riferimento a una *predestinazione* che impone una *missione provvidenziale* agli Stati colonialisti, sana ogni ingiustizia, legittima il rifiuto di un'inutile applicazione dei principi del diritto nazionale e del diritto delle genti nei confronti delle razze condannate a soccombere, rende vana qualsiasi opposizione all'ineluttabile affermarsi del progresso e della civiltà.

A metà degli anni Ottanta, negli stessi anni in cui curava due ambiziose opere di divulgazione scientifica, la menzionata *Biblioteca di Scienze Politiche* e la traduzione italiana della *Nouvelle Géographie universelle* di Élisée Reclus, Brunialti precisa che i suoi studi attorno alla questione coloniale offrono soltanto esperienze concrete, soltanto un « parlare schietto al paese » (12). L'obiettivo di fornire « grandi ideali » a una generazione post-risorgimentale che non poteva mostrarsi indegna dei padri è perseguito semplicemente divulgando le convinzioni maturate tra i primi sostenitori dell'espansionismo coloniale italiano (13). Da questo punto di vista Brunialti rivendica il merito di aver fondato e diretto, dal 1873 al 1880, *Il giornale delle colonie*, di essere stato tra i primi a considerare lo sviluppo dell'Italia fuori dai suoi confini (« incominciai a seguire attentamente la nostra emigrazione, a studiare le libere agglomerazioni degli italiani in tutte le parti del mondo, a vagliare le altrui esperienze coloniali »), tra i personaggi più in vista della *Società Geografica italiana* negli anni della direzione di Cesare Correnti (« mi volle per parecchi anni incaricato della Segreteria e del Bollettino ») e tra i collaboratori di Manfredo Camperio nella Società milanese per le esplorazioni dell'Africa (14). Nella militanza

(12) Ivi, p. XV.

(13) Cfr. ivi, p. IX.

(14) Ivi, p. XII e p. 3. Si cfr. anche BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, cit., p. 16 e ss. Per dei riferimenti all'apporto di Brunialti alle due Società si cfr. M. CARAZZI, *La Società Geografica Italiana e l'esplorazione coloniale dell'Africa (1867-1900)*, Firenze, La Nuova Italia, 1972, in particolare pp. 40 e ss. riguardo alla maggiore visibilità acquisita da Brunialti con la presidenza di Cesare Correnti dal 1873 al 1879. Per un cenno alla collaborazione di Brunialti alla rivista « Esploratore » di Manfredo Camperio si cfr. invece A. MILANINI KEMÉNY, *La società d'esplorazione commerciale in Africa e la politica coloniale (1879-1914)*, Firenze, La Nuova Italia, 1973.

a favore dell'impresa coloniale la letteratura di consumo, la memorialista degli esploratori, il desiderio di sfidare l'ignoto, il richiamo all'« universo onirico e immaginario dell'Africa vista come paradiso perduto e insieme come terra promessa »⁽¹⁵⁾ si fonde con le certezze attinte dalla geografia, dalle statistiche economiche, dalla comparazione giuridica, dagli studi sull'emigrazione e da ardite valutazioni di geopolitica. Presto nelle pagine di Brunialti i diversi dati diventano indistinguibili: gli argomenti dell'esperienza si impongono come sicura guida scientifica per la politica coloniale che diviene *teoria* e *arte* della colonizzazione. Una volta immessa entro un discorso giuridico-politico specialistico (o, più semplicemente, entro un contesto di divulgazione scientifica), la retorica del programma coloniale si pone come caratterizzata da contenuti indiscutibili, si trasforma in certezza della scienza politica che pone in arrivo una solenne certificazione scientifica di quanto era già evidente nel nudo programma di partenza: la colonizzazione si impone ai popoli moderni come una necessità politica, commerciale, civile, etica; si impone come un naturale approdo delle diverse predestinazioni geografiche e storiche dei popoli⁽¹⁶⁾.

L'operazione scientifica proposta da Brunialti è, in gran parte, un'operazione retorica volta a trasformare i luoghi comuni e la precettistica del *programma vagheggiato* in indirizzo politico; per tentare di darne conto al lettore lascerò frequentemente la parola allo stesso Brunialti e cercherò di evidenziare come il presunto accreditamento scientifico del progetto sia per lo più affidato alla semplice diversa collocazione strategica dei testi.

2. *Predestinazione geografica.*

« Quando Metternich ci gittava in faccia il celebre motto, che voleva essere un insulto ed era invece un augurio pieno di avvenire,

(15) A. TRIULZI, *L'Africa come icona. Rappresentazione della diversità nell'immaginario italiano di fine Ottocento*, in *Adua. Le ragioni di una sconfitta*, cit., p. 270.

(16) Come vedremo, la storia, al pari della geografia, è tanto invocata quanto banalizzata; utilizzata com'è per affermare un'idea antistoricistica e metastorica del necessario, naturale, affermarsi della civilizzazione e della conseguente impossibilità delle 'razze inferiori' di ribellarsi al loro destino.

ben poco sapevamo di geografia [...] Il Regno non era ancora, ne è adesso compiuto secondo la sua *espressione geografica* » (17). Imposesi per affermare l'Italia come Stato unitario e ferme lì ad esigere (come la storia, l'arte, la vita degli abitanti) il riscatto delle terre ancora irredente (18), le ragioni della geografia offrono invece *fuori dall'Europa* un diverso augurio per i popoli. Anche l'espansionismo coloniale scaturisce infatti, come l'affermazione degli Stati nazionali europei, da una *predestinazione geografica*: « [...] tenendo conto della nostra storia, dei nostri interessi, d'una cotale predestinazione che io ben vorrei chiamare geografica, l'Italia ebbe ed ha tre grandi obiettivi coloniali nel mondo: l'Africa, l'Oriente, la Plata » (19).

Il concetto di *predestinazione geografica* gioca un ruolo fondamentale nelle pagine dedicate da Brunialti al progetto coloniale. Per quanto formalmente attenuato da discorsi sul metodo che talvolta tendono a negare il determinismo, la convinzione di un destino dei popoli (di un destino delle 'razze') provato dai progressi della geografia come scienza autonoma rappresenta il filo conduttore della strategia retorica colonialista del giurista vicentino. È singolare notare come Brunialti supporti questa sua convinzione attingendo soprattutto alle pagine di Élisée Reclus, un geografo la cui opera è tra quelle che nella seconda metà dell'Ottocento meno si prestavano ad esaltare l'ineluttabile affermazione della supremazia della « civiltà » e a fornire strumenti teorici per il programma colonialista (20). Nelle pagine di Arcangelo Ghisleri, sostenute dall'ansia di

(17) BRUNIALTI, *Il Terzo Congresso Geografico Internazionale tenuto a Venezia dal 15 al 22 settembre 1881*, in « Nuova Antologia », Serie Seconda, XXIX, fasc. 19 (1 ottobre 1881), p. 375.

(18) Brunialti produce in questa direzione una lunga e ripetitiva serie di pubblicazioni, cfr. BRUNIALTI, *Trento e Trieste: dal Brennero alle rive dell'Adriatico: nella storia, nella natura, nella vita degli abitanti*, Torino, Utet, 1916; ID., *Il Trentino: nella natura, nella storia, nell'arte e nella vita degli abitanti*, Torino, Utet, 1919; ID., *Le Nuove provincie italiane nella natura, nella storia, nell'arte e nella vita degli abitanti*, Torino, Utet, 1921; ID., *Fiume, Zara e le isole nella natura, nella storia, nell'arte e nella vita degli abitanti*, Torino, Utet, 1921.

(19) BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, cit., p. 264.

(20) Il lavoro di Jean Jacques Élisée Reclus (1830-1905) si intreccia strettamente con quelle della sua attività politica. Formatosi a Berlino, sotto la guida di Carl Ritter

universalità e dalla fede anticolonialista, lo studio della geografia ‘alla Reclus’ si traduce, ad esempio, in sostegno per la parità dei diritti tra tutti i popoli, in affermazione della dignità storica dei ‘non europei’ e in argomenti per mettere a nudo l’« errore di considerare la civiltà come fonte, per se stessa, di diritto contro i popoli che vi sono estranei » (21). Lo studio delle diversità degli ambienti geografici e delle diversità culturali delle popolazioni serve proprio a rivedere certezze assolute e a relativizzare la centralità dell’Europa: « molte idee errate e giudizi assoluti, ch’eransi pronunciati intorno ai popoli barbari e alla loro selvatichezza insanabile, oggi per concorde attenzione di viaggiatori, di naturalisti e di antropologi si vengono correggendo » (22).

(1779-1859), si accostò a partire dal 1865 alle tesi di Bakunin sino a diventare uno dei teorici dell’anarchia. Per le sue idee politiche fu costretto ad abbandonare la Francia dopo il colpo di Stato del 2 dicembre del 1851 (vi fece ritorno solo nel 1857), e poi nuovamente dopo la Comune di Parigi a cui partecipò attivamente. Visse per molti anni in Svizzera (dal 1879 al 1892), insegnò poi a Bruxelles dal 1895 al 1905. A Reclus si devono tre grandi lavori di geografia: *La Terre. Description des phénomènes de la vie du globe* (1867/68); la *Nouvelle Géographie universelle* (19 volumi pubblicati dal 1876/1894; la traduzione italiana curata da Brunialti dal 1884 al 1897 a Milano, per Vallardi, oltre a presentare variazioni di ordine rispetto all’edizione originale, aggiunge a questa innumerevoli appendici prevalentemente di carattere statistico); *L’Homme et la Terre* (1905/1908). Riguardo alle posizioni di Reclus è qui sufficiente rinviare a P.L. ERRANI, *Introduzione* a E. RECLUS, *L’Homme. Geografia sociale* (a cura di P.L. Errani), Milano, Angeli, 1984 e, soprattutto, ai due numeri monografici di « Hérodote. Revue de géographie et de géopolitique », 22: *Élisée Reclus, un géographe libertaire* (3° trim. 1981) e 117: *Élisée Reclus* (2° trim 2005).

(21) Cfr. gli scritti ora raccolti in A. GHISLERI, *Le razze umane e il diritto nella questione coloniale*, a cura di R. Rainero, Milano, Marzorati, 1972. La citazione è tratta dalla replica di Ghisleri a Bovio (ivi, p. 78) che aveva teorizzato l’obbligo per le nazioni più civili di espandere la loro civiltà, di non accettare il ‘diritto alla barbarie’ (G. BOVIO, *Diritto pubblico e le razze umane*, Napoli 1887). Ghisleri utilizza anche le pagine di Reclus per obiettare che il punto non è quello di riconoscere un diritto alla barbarie, ma quello di vedere se gli europei hanno il diritto di imporre la loro civiltà ad altri popoli (ivi, p. 90). Per un inquadramento dei geografi in dissenso con il progetto di espansione coloniale si cfr. C. CERRETI, *La questione africana e i geografi del dissenso, in Colonie africane e cultura italiana fra Ottocento e Novecento. Le esplorazioni e la geografia. Istituto italo-africano* (Roma, 20 maggio 1994), a cura di C. CERRETI, Roma, Cisu, 1995, pp. 33 e ss. e, in particolare, pp. 38 e ss. ove comunque si invita a non enfatizzare la posizione di Ghisleri come geografo ‘del dissenso’.

(22) GHISLERI, *Le razze umane e il diritto*, cit., pp. 99 e 100. Si cfr. anche la breve

Nelle pagine di Reclus, in effetti, la geografia è apertura verso il libro della natura e verso la diversità dei popoli, considerazione priva di pregiudizi nei confronti del primitivismo naturale che sottrae « i selvaggi » alle distinzioni di ceto e di classe. Più che dividere, più che affermare necessarie gerarchie, la geografia di Reclus è strumento di conoscenza per reclamare un'unione tra 'civilizzati' e 'selvaggi', tra uomini e natura. Privilegiando l'analisi delle regioni naturali a quella degli artificiali confini degli Stati, Reclus è sempre pronto a indicare le complesse relazioni tessute dal tempo tra la terra e gli uomini, le trasformazioni delle « espressioni geografiche » in « realtà viventi » (23). Lo studio sempre più approfondito delle regioni naturali della terra e la conoscenza di nuovi popoli offrono al geografo continue conferme di quest'impostazione; grazie alle esplorazioni e ai progressi della scienza per la prima volta il geografo ha infatti di fronte a sé un grande laboratorio che gli consente di osservare contemporaneamente la Terra e gli Uomini nel presente e nel passato, di guardare a fondo nella natura per aiutare il genere umano a 'prendere coscienza di se stesso'. « Visto dall'alto, nei suoi rapporti con l'Uomo, la Geografia non è altro che la Storia nello spazio, così come la Storia è la Geografia nel tempo » (24); l'intreccio tra spazio e tempo (elementi aventi nello studio il « medesimo valore » (25)), tra geografia e storia, serve dunque a ricercare le leggi dell'« ac-

“lettera prefazione” di Ghisleri al libretto apologetico dell'opera di Reclus scritto da Pirro MAGGI, *Un geografo contemporaneo* [Eliseo Reclus], Note ed appunti, Cremona, Tip. Sociale, 1900. Anche in questo scartafello il pensiero di Reclus è, comunque, forzato in direzione deterministica: « Finisco questo spoglio modestamente esortando i filosofi e i sociologi che negano recisamente alle condizioni di clima e di razza ogni azione nella fenomenologia sociale, a leggere assiduamente relazioni di viaggi e opere di geografia del valore pari a quelle di E. Reclus, il Nestore dei geografi, e si persuaderanno una buona volta dell'importanza massima che questi fattori hanno sulla evoluzione sociale » (ivi, p. 22).

(23) RECLUS, *L'Homme. Geografia sociale*, cit., p. 80: « fino a poco tempo fa, l'Italia era ancora una semplice 'espressione geografica' secondo le parole spregiative di uno dei suoi dominatori [...] l'espressione si è trasformata in una realtà vivente » (da *Nouvelle Géographie Universelle*). Ma si cfr. anche nella traduzione curata da Brunialti, E. RECLUS, *Nuova Geografia Universale illustrata. La terra e gli uomini*, vol. V. 2. *L'Europa meridionale (L'Italia)*, Milano, Società Editrice Libreria, 1902, pp. 24 e ss.

(24) RECLUS, *L'Homme. Geografia sociale*, cit., p. 196 (da *L'Homme et la Terre*).

(25) Ivi, p. 74 (da *Nouvelle Géographie Universelle*).

cordo fra gli uomini e la Terra » (26), per evidenziare come a prevalere sia sempre l'« accordo per l'esistenza » piuttosto che la « lotta per l'esistenza » (27), per considerare (e proporre) l'unificarsi dell'umanità: « malgrado i rancori della guerra, malgrado l'eredità degli odi, l'umanità si fa una » (28).

In quest'ottica Reclus relativizza la centralità dell'Europa e nega la rappresentazione di un primato da cui trarre rigide contrapposizioni tra 'storia vera' e 'non storia' dei popoli, tra *ciò che vien detto civiltà* e popoli alla stato primitivo. Anche la constatazione del primato europeo rinvia alla ricerca di un giusto equilibrio tra i diversi Paesi, tra gli uomini e la Terra:

« La 'vecchia Europa' ove ogni zolla di terra ha la sua storia, ove ogni uomo è, per le sue tradizioni e per il suo campo, l'erede di cento generazioni successive, mantiene dunque il primo posto, e lo studio comparato dei popoli le permette di credere che l'egemonia morale e la preponderanza industriale le resteranno ancora a lungo. Tuttavia, non si può dubitare che l'uguaglianza finirà per prevalere, non solo tra America e Europa, ma anche fra tutte le parti del mondo. Grazie ai continui incroci tra popoli e razze, grazie alle prodigiose migrazioni e alle crescenti facilità che si offrono agli scambi e alle vie dei comunicazione, l'equilibrio gradualmente si stabilirà tra i diversi paesi: ogni paese fornirà la sua parte di ricchezza al grande patrimonio dell'umanità e, sulla Terra, ciò che vien detto civiltà avrà 'il suo centro ovunque, la sua circonferenza in nessun luogo' » (29).

Niente di tutto questo è presente nelle pagine di Brunialti che sono protese a piegare la geografia di Reclus in altra direzione. Nella sua premessa alla traduzione in italiano dell'imponente *Nuova Geografia Universale* dello studioso anarchico francese, Brunialti non offre alcuna chiave di lettura dell'opera tradotta (30) e liquida

(26) Ivi, p. 193 (da *L'Homme et la Terre*).

(27) Ivi, p. 206/207.

(28) Ivi, p. 135 (da *Nouvelle Géographie Universelle*).

(29) Ivi, p. 72 e 73. Coerente con questi assunti è la condanna di Reclus della colonizzazione; una condanna netta che appare incrinata soltanto da una contraddittoria indulgenza verso la colonizzazione dell'Algeria. Cfr. B. GIBLIN, *Élisée Reclus et les colonisations*, in « *Hérodote* » 22 (3° trim. 1981) e ora riproposto in *ibidem*, 117 (2° trim. 2005), pp. 135 e ss.

(30) Cfr. BRUNIALTI, *Prefazione a RECLUS, Nuova Geografia Universale. La terra e gli uomini*, vol. I, *Introduzione generale. L'Europa Centrale (Svizzera, Austria-Ungheria, Germania)*, traduzione italiana con note e appendici di Attilio Brunialti, Milano, Vallardi, 1884. Il volume, che è il terzo nell'opera di Reclus, viene tradotto come primo

il pensiero e la vita di Reclus con un breve cenno ⁽³¹⁾; l'intera opera è comunque ampiamente utilizzata per indicare al pubblico italiano la nuova centralità scientifica della geografia e per porre indiscutibili fatti al servizio del programma coloniale.

La premessa di Brunialti conserva dell'opera di Reclus lo sguardo alla geografia come studio sociale della terra e degli uomini, come scienza delle scienze (« comunque si esamini lo scibile, noi ci avvediamo che tutti i più grossi problemi dell'ordine morale, tutti i fatti della vita fisica fanno però capo necessariamente qui, alla Terra » ⁽³²⁾), come scienza che *profitta* di tutte le scienze, che *segue tutte le imprese*. Quello che nelle pagine di Reclus è un tormentato rapporto tra la Terra e gli Uomini diviene, però, piatta esaltazione del « dominio » dell'uomo: « il genio dell'uomo vince il tempo e lo spazio »; « ...i monti spianati o perforati, gli istmi tagliati, le terre prosciugate, gli oceani domati, le notizie trasmesse colla rapidità del pensiero, ci mostrano come il dominio della geografia sia ben presso ad essere anche tutto

per consentire all'Autore alcune aggiunte alla parte dedicata all'Italia (i volumi relativi all'Italia, V.2 e V.3, vennero pubblicati rispettivamente nel 1902 e nel 1904). Le appendici di Brunialti sono volte ad integrare l'opera soprattutto nella parte statistica e politica; si cfr., ad esempio, nel primo volume, *Appendice Prima* (pp. 133-151) sulla Svizzera con riferimenti alle istituzioni politiche; *Appendice Seconda* (pp. 523-579) sull'Austria-Ungheria; *Appendice Terza* (pp. 1045-1091) sulla Germania. Brunialti si sforza nei suoi interventi di saldare assieme i suoi studi di diritto costituzionale comparato con quelli di geografia; egli aveva, ad esempio, già affrontato ampiamente il tema delle istituzioni politiche della Svizzera nei suoi studi giuridici, si cfr. BRUNIALTI, *Le istituzioni politiche della Svizzera* (Prolusione al corso di diritto costituzionale comparato tenuto presso la R. Università di Roma), Roma, Civelli, 1972, poi ripreso e ampliato in *La democrazia in Svizzera*, in ID., *Le moderne evoluzioni del governo costituzionale, Saggi e letture*, Milano, Hoepli, 1881, pp. 163 e ss. Prima delle traduzioni della vasta opera di Reclus, l'autore vicentino si era già cimentato con quella dell'opera di H. BARTH, *L'Africa Orientale dal Limpopo al paese dei Somali* (tradotto dal tedesco con numerose correzioni e aggiunte di A. Brunialti), Roma, Eredi Botta, 1876.

⁽³¹⁾ Sicuramente a segnare questa sufficienza nei confronti di un autore di cui pur ci si appresta a tradurre un'opera di ben 19 volumi è soprattutto la distanza politica tra i due personaggi. Brunialti, che richiama costantemente nei suoi scritti gli « orrori della Comune di Parigi », non riesce proprio a dar conto delle posizioni del geografo anarchico che vi aveva partecipato e per questo era stato condannato al carcere e all'esilio. Reclus — si limita ad osservare Brunialti — merita la traduzione « per l'arte sua squisitissima del dire, per la vastità delle cognizioni e per gli aiuti che seppe ovunque procurarsi » (*Prefazione* a Reclus, *Nuova Geografia Universale*, cit., p. XXVI).

⁽³²⁾ Ivi, p. VII.

intero il dominio dell'uomo »⁽³³⁾. Allo stesso modo la tensione verso un'umanità unificata, la ricerca di un'unione tra 'civiltà' e 'selvaggi', la necessità di considerare il grande laboratorio della natura per rispettare la diversità culturale dei popoli, diviene solo uno strumento per apprezzare la superiorità della civiltà e opporla come inoppugnabile dato scientifico agli entusiasti dello stato di natura, agli sprovveduti fautori della naturale uguaglianza tra gli uomini:

« ecco l'uomo, noi altri potremmo condurre davanti a Rousseau ed agli altri entusiasti dello stato di natura gli Obongo che parlano sibilando, gli Akka mostruosi, i selvaggi della Papuasias, gli ultimi avanzi nudi, scheletrici, senza idee, senza affetti, senza bisogni, degli Aborigeni dell'Australia: ecco l'uomo allo stato di natura, che, a vostro avviso, la civiltà avrebbe scemato, impoverito, corrotto. E ne trae nuovi documenti la teoria della discendenza, perché tra noi e quegli ultimi avanzi di chi sa quali naufragi etnici corre, forse, ben maggiore distanza, di quella che intercede fra essi e le scimmie colle quali alcune tribù, nel centro dell'Africa, menano vita comune »⁽³⁴⁾.

L'osservazione della realtà dei popoli primitivi non svela una legge di solidarietà tra gli uomini, non porge l'immagine di un'umanità progressivamente destinata a *farsi una*, ma indica la *vera natura* dell'uomo e si oppone alle pagine dei sognatori:

« Così, in luogo degli idilli pastorali, in luogo dei vecchi bianchi che parlano alla tribù rispettosa il linguaggio della ragione, dei miti domestici e delle delicate virtù, troviamo la tirannide degli istinti più animaleschi, la brutalità delle passioni, la lotta selvaggia, sino all'antropofagia, gli eccidi più capricciosi [...] »⁽³⁵⁾.

La potenza dell'uomo civilizzato che apre spiragli sull'ignoto, la conoscenza e la conquista della terra, si collegano all'affermazione di un'umanità unificata solo nella direzione di un dominio della civiltà 'superiore' che, con toni lirici, è chiamata a una *provvidenziale missione*:

« Conoscendo e conquistando la terra, noi non dobbiamo usarne come l'avaro di un tesoro, o come il vizioso di un piacere; noi abbiamo una provvidenziale missione; noi dobbiamo con l'opera nostra tradurre l'ideale in realtà, scoprire i nuovi cieli, suscitare dovunque un po' di quel terrestre paradiso che non è più in alcun luogo. Già da ogni viaggio che ci apre qualche spiraglio sull'ignoto [...] noi torniamo con un ricco bagaglio di

⁽³³⁾ *Ibidem*.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. XXVIII.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. XXIX.

dubbi e di sapere, di conforti e di delusioni, ma torniamo sempre migliori [...]. Sentiamo crescere la fede nel miglioramento umano, quando pensiamo alla forza che ovunque ci prodiga natura, ai nuovi prodotti utili che ogni scoperta geografica ci procura [...]. Come si allargano, per effetto delle continue scoperte, i confini del mondo, si stringono gli anelli della umana famiglia, si scambiano liberi servizi tra i popoli secondo le singolari attitudini [...]. Davanti a noi è l'avvenire, davanti a noi soltanto la speranza di un maggior benessere del maggior numero, la fede che verrà un giorno nel quale a nessuna bocca mancherà un pane, a nessun intelletto una cultura, a nessun cuore un sentimento d'amore» ⁽³⁶⁾.

La geografia, che trasforma le speranze in certezza e offre una *fede*, è inevitabilmente chiamata da Brunialti a svolgere un ruolo essenziale nel campo della scienza politica. La geografia mostra infatti « il fondo reale nel quale si svolge l'azione economica e politica dell'uomo » ⁽³⁷⁾; ed è quel *fondo reale* che deve offrire la guida per le scelte *necessarie* della politica, lo strumento per rivedere idee e illusioni sulle forme di governo, per apprezzare la superiorità della civiltà, per tracciare i confini nell'applicazione del diritto. In Brunialti la geografia diviene così la « chiave di volta di ogni buon sistema politico » ⁽³⁸⁾, *dottrina* che offre un sussidio matematico alle scienze sociali ⁽³⁹⁾. Fondendo interessi concreti e *missioni provvidenziali*, la geografia non può che divenire « guida sicura alle imprese di colonizzazione » ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ BRUNIALTI, *Annuario geografico statistico pel 1891-1892 illustrato con quattordici ritratti dei più celebri viaggiatori*, Milano, Vallardi, 1894, pp. 400 e 401. Gli Annuari, interamente curati da Brunialti (il ritardo nella pubblicazione degli anni 1891-1892 è dovuto, come spiega l'editore al trasferimento di Brunialti da Torino a Roma a seguito della sua nomina a consigliere di Stato) e offerti come « dono agli abbonati della Geografia Universale di E. Reclus, la Terra e gli Uomini », contengono dettagliate informazioni di carattere statistico e geografico. Il passo citato (inserito nel capitolo « Le terre sconosciute », ivi, pp. 380 e ss., del capo I, « I progressi della geografia e delle scoperte geografiche nel 1892 », pp. 291 e ss., della seconda parte dell'Annuario, « Notizie geografiche ») riprende e amplia in tono divulgativo le pagine della *Prefazione* a Reclus, sopra ricordate, riguardo alla necessità di opporsi agli 'entusiasti dello stato di natura'.

⁽³⁷⁾ BRUNIALTI, *Prefazione* a RECLUS, *Nuova Geografia Universale*, cit., p. XXVIII.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. XXXIV.

⁽³⁹⁾ Cfr. ivi, pp. XXXIII-XXXIV: « quella che era nuda ed arida nomenclatura, affastellamento indigesto di cifre, sconnessa ed inesatta descrizione di luoghi, si è trasformata in un ampio e compatto corpo di dottrina, i cui principi attingono alle matematiche vigore e serietà, mentre le sue deduzioni porgono un pratico ed efficace sussidio alla navigazione, al commercio, alle scienze sociali e politiche ».

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. XXXIII.

3. *Confini della geografia, confini del diritto.*

Il richiamo a un oggettivo fondamento geografico caratterizza, ora esplicitamente ora implicitamente, il discorso giuridico di Brunialti: impone confini alle sue argomentazioni e giustifica i contrasti tra il suo diritto costituzionale fondato sul principio di nazionalità e il suo progetto coloniale progressivamente centrato sul dato della forza e della necessaria espansione della « civiltà ». Il diritto europeo è interpretato come una felice combinazione tra confini geografici e ordine politico voluto dai popoli (l'affermazione storica di un'*Italia per gli italiani* scaturisce direttamente dalla acquisita consapevolezza che l'Italia è un'*espressione geografica*); è la stessa geografia, però, che spinge ad affermare, fuori dall'Europa, l'inutilizzabilità dei principi del diritto, a imporre la conquista e a legittimare l'uso della forza.

Assumendo la presidenza della Società Geografica Italiana, Cesare Correnti insiste proprio su quest'aspetto 'pratico' della geografia per coniare parole d'ordine al servizio del progetto di espansionismo coloniale. In Correnti, come in Brunialti che lo affianca in qualità di Segretario negli anni della sua presidenza, il richiamo alla terra e alla natura, il riferimento alla carta geografica, mentre mostra i confini sicuri della patria e legittima l'idea nazionale, indica anche necessità (« l'Africa ci è necessaria [...]. Sì! L'Africa ci si fa sempre più necessaria »), offre un destino (« l'Africa ci attira invincibilmente. È una predestinazione » ⁽⁴¹⁾) per un'Italia chiamata a imporsi come *potenza geografica*:

(41) « L'Africa ci attira invincibilmente. È una predestinazione. Ci sta negli occhi da tanti secoli questo libro suggellato, questo continente mummificato, onde pur ci venne preminente la civiltà, e che ora ci esclude dai grandi oceani, ci rende semibarbaro il Mediterraneo e costringe l'Italia a trovarsi agli ultimi confini del mondo civile. Bisogna vincere questa natura ribelle »; « Eppure l'Africa ci è necessaria. Sì! L'Africa ci si fa sempre più necessaria dacché l'Atlantico non è più che un fiume oceanico varcabile in pochi giorni, e che di là si è adagiata gigante la giovane Europa su una terra pregna di frutti generosi e vasta quattro volte più di questo frastagliamento di isole e di penisole dove vivono stentatamente le nostre vecchie radici ». Così CORRENTI nella sua *Presentazione* al volume di A. CECCHI, *Da Zeila alle frontiere del Caffa*, Roma, Loescher, 1886, vol. I, pp. VIII e IX; XX e XXI, ove fonde citazioni tratte dal suo 'poetico' discorso alla Società Geografica con la richiesta, sostenuta da richiami a Ritter e a Reclus, di un maggiore impegno nell'azione scientifica. Per un cenno all'uso 'pratico'

« Abbiamo voluto una Patria e una Patria abbiamo. Abbiamo risposto alla famosa ironia che riduceva l'Italia a un pleonaso geografico; ora conviene trovar modo ch'ella diventi una potenza geografica [...]. A chi vorrebbe addormentare l'Italia fra due solchi, rispondete colla carta geografica. Il mare ci abbraccia da ogni parte, il mare ci chiama [...] cosa può essa [l'Italia] fare di meglio che mandare la sua gioventù alla scuola materna della terra e della natura » (42).

Nelle pagine di Brunialti il determinismo geografico presente nella greve retorica di Correnti si traduce in un disegno giuridico-politico, in una precisa gerarchia di applicazione dei diritti ispirata da una *carta geografica* che inesorabilmente conferma e svela il destino dei popoli. Mentre in Europa l'idea nazionale fa coincidere geografia e diritto, fa sì che il diritto rispetti confini che confermano un legame tra la terra e gli uomini che è divenuto storia, che ha costituito e costituisce la storia, nel mondo extraeuropeo la carta geografica non segna alcun confine in grado di esprimere il legame tra popoli e territorio, tra storia, diritto e geografia.

« Pur vi è anche in Europa una penisola che vuol essere considerata come fosse fuori » (43). Le inclusioni e le esclusioni non sono ovviamente segnate solo dal bacino dei fiumi e dal profilo delle montagne. *Fuori dall'Europa* sono anche quegli Stati che, pur essendo formalmente entro i confini europei, hanno una storia culturale distante dall'idea nazionale delle potenze europee che li condanna a subire una sempre incompiuta applicazione dei principi del diritto. L'assenza di un legame tra geografia e storia impedisce che *l'espressione geografica* di quei territori si trasformi in *realtà vivente* e impone distinzioni, esclusioni, applicazioni imperfette del diritto delle genti, *come fossero fuori dall'Europa*. E, come per i popoli non europei, non appare ipotizzabile per questa Europa che non è Europa alcuna *ribellione al destino*.

Analizzando la questione del Danubio (44), questo spicciativo

della tanto citata espressione di Correnti relativa alla 'predestinazione' dell'Italia verso l'Africa si cfr. CERRETI, *La questione africana e i geografi del dissenso*, cit., p. 36.

(42) Così Cesare Correnti nel discorso del 20 marzo 1873 alla Società Geografica Italiana (citato in BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, cit., p. 301).

(43) BRUNIALTI, *La questione danubiana e la conferenza di Londra*, in « Nuova Antologia », II serie, XLII, fasc. 22 (15 novembre 1883), p. 329.

(44) Cfr. *ivi*, p. 352: « Mentre in gran parte dell'Europa le diverse razze che si succedettero nei tempi storici si mescolarono assieme così da formare le moderne

uso della carta geografica porta Brunialti a evidenziare la storia ‘non Europea’ degli Stati balcanici, condannati — nonostante « l’ostinazione colla quale quegli Stati cercano di ribellarsi al destino facendo appello al buon diritto, pigliando alla lettera la traduzione del noto adagio *l’Italia per gli Italiani*, fatta da Gladstone ad uso delle popolazioni balcaniche » — a subire un’imperfetta applicazione dei princìpi di diritto ⁽⁴⁵⁾. Su questa fatalistica pre-comprensione delle relazioni internazionali Brunialti fonda i suoi inviti alla scienza giuridica ad aprirsi allo studio dei fatti, a sfuggire le illusioni, a comprendere i limiti invalicabili del diritto e gli spazi da affidare al solo uso della forza. Sono, del resto, gli stessi scrittori che secondo Brunialti tendono a estendere anche oltre il dovuto i princìpi del diritto nazionale e del diritto delle genti a valorizzare inevitabilmente *l’ufficio storico svolto dalla forza*:

« tutti gli interventi fondati su pensieri larghi e generosi, diretti al trionfo dei principii umani sulle barbarie, a sostituire l’uguaglianza ai regimi privilegiati, a salvare i deboli dalle iniquità degli oppressori, a far trionfare, in una parola, il diritto risorgente, contro le strette della forza e della tradizione, diedero risultati salutari, favorevoli allo sviluppo della civiltà e soprattutto duraturi, anche dopo cessata la forza che ne imponeva l’esperienza » ⁽⁴⁶⁾.

nazionalità, nell’Europa orientale [...] vivono ancora l’una accanto all’altra o mescolate tra loro mantenendo diversità di fede, di costumi, d’interessi, coltivando gli odii tradizionali e tutto ciò che vale, insomma, a separarle»; « le varie razze vengono affermandosi via via indipendenti senza sentirsi unite da alcun altro vincolo appena abbiano spezzato la comune oppressione, che anzi la piena sovranità fa sorgere conflitti nuovi, conflitti d’interessi e d’aspirazioni, che le rendono deboli e le preparano, preda non difficile di altri conquistatori [...] ».

⁽⁴⁵⁾ Ivi, p. 353. Movendo da questa convinzione, di fronte all’atteggiamento della Romania che rifiutava di firmare il protocollo della Conferenza di Londra sul Danubio del 1883 perché non si riteneva vincolata da deliberazioni a cui non aveva partecipato, Brunialti insiste sul fatto che non è il caso di richiamare i princìpi del diritto internazionale, che è da ingenui contrapporre astratte ragioni di diritto della genti alle necessità imposte dalla politica.

⁽⁴⁶⁾ Brunialti cita come « autore liberale » Catellani (*La navigazione fluviale e la questione del Danubio secondo il diritto delle genti*, Torino, 1883) per dimostrare che è in contraddizione con se stesso quando sostiene che costringere la Romania ad accettare le deliberazioni della Conferenza di Londra contrasterebbe con i princìpi della scienza e del diritto delle genti. Per Brunialti occorre invece semplicemente limitarsi a prendere atto realisticamente che spesso « la scienza dei pubblicisti non è conforme [...] alla pratica generalmente seguita dagli uomini di Stato » (ivi, p. 359).

Se l'uso della forza è da accettare nei confronti di quella parte dell'Europa che è come se non fosse Europa, esso risulta ancora più «salutare» quando è la stessa carta geografica a segnare con nettezza l'esclusione e a confermare naturali superiorità e inferiorità.

Il destino che lega l'Italia agli italiani, quel destino che impone all'Italia di affermarsi come potenza geografica traccia di già l'opposto destino dei popoli non europei. La necessità di espansione, l'impulso alla fondazione di colonie e all'acquisto di possedimenti extraeuropei nasce, del resto, proprio dalla certezza dei confini europei, scaturisce dalla pace europea imposta dal diritto, è logica conseguenza della *predestinazione geografica* delle potenze europee.

L'affermazione storica dei confini sicuri delle nazioni europee («i confini di queste sono tracciati dalla geografia, poco diversi da quelli tracciati dal diritto pubblico, che non può essere di leggieri mutato»⁽⁴⁷⁾) rende indispensabile l'espansione verso quelle zone in cui sono assenti vincoli storici, geografici e culturali che legano in un unico *organismo vivente* la terra e gli uomini. Diverso fuori dall'Europa è, dunque, il destino dei popoli senza civiltà, senza storia, dei popoli sottratti al progresso del diritto delle genti:

«i grandi Stati europei si sentono a disagio entro i confini domestici [...] Alle ambizioni delle genti moderne, grazie al progresso del diritto delle genti, è venuta meno la possibilità di volgere dovunque tutto attorno lo sguardo e dietro lo sguardo la minaccia o le armi. Il principio di nazionalità, temperato a quello di sovranità popolare, ha assegnato alle nazioni certi confini, sui quali poche dispute sono ancora accese. Fuor di questi non rimane che la speranza di estendersi a lontane terre, sopra genti selvagge e raramente disseminate, o comunque di inferiore civiltà»⁽⁴⁸⁾.

Movendo da questo schema che utilizza i confini della geografia per fissare o rimuovere i confini del diritto, Brunialti propone una serie 'coerente' di argomentazioni: sostiene per l'Italia un diritto costituzionale liberale atto a trasformare *l'Italia per gli italiani in realtà vivente*, guarda con simpatia, utilizzando un metodo di indagine 'alla Reclus', alle aspirazioni di alcuni popoli⁽⁴⁹⁾, in altri

(47) BRUNIALTI, *La questione danubiana e la conferenza di Londra*, cit., p. 329.

(48) BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, cit., pp. 163 e 164.

(49) Cfr. BRUNIALTI, *L'Albania e gli Albanesi*, in «Nuova Antologia», II Serie, XXV, fasc. II (15 gennaio 1881) pp. 217 e ss.; un testo in cui Brunialti, palesemente

casi invece usa la sua geografia politica per dosare l'accesso ai diritti ⁽⁵⁰⁾ e soprattutto per sostenere l'illusorietà di una prevalenza del diritto a fronte delle necessità della politica ⁽⁵¹⁾. Una volta messo a fuoco il destino geografico, una volta accertata l'inclusione o l'esclusione dalla civiltà europea, le proposizioni divengono coerenti e Brunialti può promuovere in una direzione o nell'altra le pagine degli scrittori che traduce per il pubblico italiano con la sua *Biblioteca di Scienze Politiche*, può difendere il principio di nazionalità e il perfezionamento delle istituzioni liberali, può opporsi agli illusi fautori di una generalizzata espansione delle ragioni del diritto, può sostenere senza incertezze l'espansione coloniale.

La centralità dell'Europa rappresenta il filo conduttore del discorso, l'elemento geografico che dosa il prevalere di una politica che è destinata a fondersi con il diritto oppure a servirsi solo della forza. L'analisi, pur così grossolanamente affidata a un destino certo, non è del tutto priva di dubbi:

« Quale sarà il destino di tante razze inferiori che popolano altri continenti di fronte alla civiltà invadente e purtroppo sterminatrice? Come si abituerà al lavoro sul suo suolo la razza nera, ovvero in quale altro modo si provvederà a sviluppare la produzione in Africa? Quali conseguenze deriveranno dalla progressiva espansione delle razze gialle, e quali perturbazioni determinerà sul mercato del lavoro e della produzione il risveglio dell'Asia orientale? Che cosa sarà dell'Europa, quando, verso la metà del prossimo secolo, se non prima, gli Stati Uniti saranno abitati da un popolo di duecento milioni di abitanti parlanti la stessa lingua e stretti dalle medesime tradizioni? » ⁽⁵²⁾.

influenzato da Reclus, propone di studiare l'Albania per « disegnare il territorio, indagarne le origini, ricordarne le oscure vicende, scrutarne la composizione etnica, seguirne le aspirazioni [...] » (ivi, p. 220).

⁽⁵⁰⁾ Cfr. BRUNIALTI, *Gli Eredi della Turchia. Studi di geografia politica ed economica sulla questione d'oriente*, Milano, Treves, 1880.

⁽⁵¹⁾ Cfr. BRUNIALTI, *Algeria, Tunisia, Tripolitania. Studi di geografia politica sugli ultimi avvenimenti africani*, Milano, Treves, 1881.

⁽⁵²⁾ BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, cit., p. 340. Il riferimento a un incerto destino dell'Europa a fronte di possibili nuove 'minacce' interne agli Stati europei o internazionali è costantemente utilizzato per sottolineare l'impossibilità di sottrarsi a una politica espansionistica: « le presenti condizioni degli Stati europei sono intollerabili. Gli armamenti, le spese militari hanno preso proporzioni da consumare le forze economiche dei paesi anche più ricchi. Quindi il crescente disagio e il crescente sviluppo pauroso delle sette anarchiche; quindi la coscienza della nostra inferiorità di fronte a due colossi che si vanno ognor più disegnando sull'orizzonte: gli Stati Uniti,

La configurazione di una predestinazione geografica dei popoli si pone, però, al di là degli interrogativi retorici, come garanzia contro le incertezze del futuro, come un modo sicuro per sottrarsi alle incertezze della storia. L'espansione coloniale dell'Europa diviene pertanto 'difesa di civiltà', 'missione di civiltà', 'provvidenziale missione' confermata da una lunga storia europea che ha fornito confini oramai certi agli Stati, mutando espressioni geografiche in realtà viventi, legando con un « contratto organico » terra, popoli e diritto. I dubbi riguardo alla possibilità di conservare a lungo la centralità dell'Europa, non possono cancellare dunque le certezze legate al fatale « destino » delle « razze inferiori » a fronte dell'inarrestabile progresso di una « civiltà invadente e *purtroppo* sterminatrice ».

Le argomentazioni si presentano come opposte rispetto a quelle presentate a fine degli anni Ottanta da Eduardo Cimbali in un noto libretto volto a contrastare l'affermazione per cui « i così detti popoli *civili* abbiano la doverosa, obbligatoria ed assoluta missione d'imporre i beni e i vantaggi della loro civiltà » ⁽⁵³⁾; esse però muovono da una comune affermazione del principio di nazionalità. Cimbali richiama il « diritto alla libera esistenza » dei popoli e il « diritto di nazionalità » come principi universali attraverso cui valutare la « vera civiltà » ⁽⁵⁴⁾, fa riferimento all'estensione del principio di nazionalità a tutti i popoli come a un dovere e a una « necessità » per l'Italia: « una nazione il cui non lontano risorgimento politico si deve solamente ed esclusivamente al trionfo dei principii di *nazionalità* e di *non intervento* [...] non ha diritto di compiere atti che siano in aperta e manifesta ribellione con questi eterni, sacri ed inviolabili principii » ⁽⁵⁵⁾. La difesa di quei principi nei confronti di qualsiasi popolo costituisce « ragione di esistenza

che non hanno esercito e formano già un popolo di 60 milioni; la Russia che è tutta un esercito ed ha l'Asia dietro di sé » (CRITO [BRUNIALTI], *La megalomania politica*, cit., p. 329).

⁽⁵³⁾ E. CIMBALI, *Popoli barbari e popoli civili. Osservazioni sulla politica coloniale*, Roma, tip. Strambi, 1887, p. 7.

⁽⁵⁴⁾ « La vera civiltà sta nel sentimento vivo e profondo che ha qualsiasi popolo verso la propria libertà e indipendenza, non mai nella negazione di quel sentimento » (ivi, p. 18).

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 81.

e di conservazione » anche per lo Stato italiano (« la sola ed unica forza d'Italia sarà nel rispetto che essa porterà all'indipendenza di tutti i popoli del mondo »⁽⁵⁶⁾), rappresenta un doveroso omaggio alle tradizioni italiane, un modo per attuare il corso della « vera civiltà »: « col barbaro mezzo della conquista non facciamo altro che rinnegare le nostre grandi tradizioni, rovinarci finanziariamente e ritardare il corso della vera civiltà e del vero progresso »⁽⁵⁷⁾. Nelle pagine di Brunialti i naturali confini della geografia impongono invece invalicabili confini al diritto. Qualsiasi tentativo di estendere oltre quei confini il principio di nazionalità è illusorio, propone inutili astrazioni, velleitarie opposizioni a un destino certo, come quello che lega l'Italia agli italiani.

4. *L'Italia per gli italiani.*

In Europa predestinazione e volontà dei popoli sono congiunte, si muovono nella stessa direzione. A condurre a questa conclusione è lo stesso metodo di indagine giuridico-politico posto da Brunialti alla base dello studio del diritto costituzionale, il « metodo sperimentale », che conduce verso una conferma 'volontaria' della predestinazione geografica della nazione.

Nella sua più ampia opera di diritto costituzionale le pagine dedicate dal giurista vicentino ai rapporti tra « il diritto costituzionale e la geografia » si perdono in riferimenti al clima e alle montagne⁽⁵⁸⁾, in generici richiami all'influenza esercitata sulle istituzioni sociali dai « vari aspetti della natura »⁽⁵⁹⁾ e da tutta la geografia fisica senza i cui « preziosi sussidi » il diritto costituzionale non si potrebbe studiare⁽⁶⁰⁾; manca però un diretto richiamo alle certezze derivanti dalla geografia politica riguardo al destino dei popoli, alla geografia come scienza che impone definitive certezze

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 82 e p. 97.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 86.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, Utet, 1896 (i due tomi che compongono il manuale sono pubblicati nella *Biblioteca di Scienze politiche*, Seconda Serie, vol. VII), I, pp. 99 e ss.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, pp. 97 e ss.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 102.

alle altre scienze ⁽⁶¹⁾. Alla ricerca di un punto di equilibrio metodologico tra l'astratto idealismo del « razionalismo » e il metodo d'osservazione dello « sperimentalismo » ⁽⁶²⁾, Brunialti propone temperamenti sia per i « rigidi teoremi » della ragione che, dimentichi del fatto che « la natura dell'uomo può essere trasformata e modificata, giammai trascurata o soppressa », pretendono di avere « l'autorità della geometria [...] per tutti i luoghi e per tutti i tempi » ⁽⁶³⁾, sia per un metodo sperimentale che, forte delle continue conferme offertigli dalla storia e dalla scienza, è utilizzato troppo spesso in senso deterministico e spinto all'eccesso di escludere in modo assoluto l'azione della volontà umana ⁽⁶⁴⁾. Il giurista che non intenda prestare attenzione solo ad un astratto formalismo deve ricercare un giusto equilibrio tra « le speculazioni » e « la semplice constatazione dei fatti »; deve, rinunciando alla pretesa di governare gli uomini riuniti in società affidandosi a un'unica legge, « scoprire, attuare, modificare » il complesso concorso di leggi idonee al governo della società ⁽⁶⁵⁾. Per quanta fede si presti alle leggi della natura e alle certezze della scienza, non si può negare dunque che i popoli siano liberi di scegliere il loro destino: « Si può riconoscere l'influenza di cause esteriori, del clima, del nutrimento, e persino d'un certo fato storico, giammai negare che i popoli possano avere una grande e talora decisiva influenza sui loro destini » ⁽⁶⁶⁾.

La ricerca di un equilibrio tra predeterminazioni e libertà dei popoli rappresenta il filo conduttore del percorso costituzionalistico di Brunialti. *L'Italia per gli italiani* scaturisce da un destino geografico ma è anche scelta di libertà di un popolo. « L'organicismo contrattuale » posto dal giurista vicentino a fondamento dello Stato moderno vuole proprio riassumere in sé i diversi elementi: « lo Stato moderno si può considerare come un organismo contrattuale, imperocché se non si possono in esso disconoscere i caratteri del perfetto organismo, sarebbe altrettanto erroneo negarne l'azione

⁽⁶¹⁾ Ivi, pp. 90 e ss.

⁽⁶²⁾ Ivi, pp. 104 e ss.

⁽⁶³⁾ Ivi, pp. 127-130.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 146.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 108.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 90.

volontaria e cosciente» (67). Pur presentando i caratteri di un perfetto organismo, pur avendo il proprio destino iscritto nella propria storia e nella propria geografia, l'Italia si fonda comunque su una scelta di popolo: « I plebisciti italiani costituirono il volontario cemento del sentimento nazionale, svolto e rafforzato attraverso i secoli » (68).

All'inizio degli anni Ottanta — mentre Cesare Parenzo pone con decisione a Mancini l'interrogativo di come sia possibile conciliare l'acquisto di Assab con il diritto nazionale fondato sui plebisciti e la volontà della nazione (69) — Brunialti insiste in un articolo nella « Nuova Antologia » sullo specifico carattere conferito alla costituzione italiana dai plebisciti. Dopo i plebisciti — scrive — la costituzione italiana « non si raccoglie tutta nello Statuto » (70), diviene più ampia dello Statuto albertino. I plebisciti offrono un sostegno giuridico alla prassi che ha sancito il passaggio dal governo costituzionale al governo parlamentare (71); trasformano una « conquista » in una libera e volontaria scelta di un popolo: « [...] le provincie italiane venivano subito dopo le annessioni governate non già come paesi di conquista, ma secondo la volontà espressa e manifestata con solenne legalità di voto dal popolo adunato nei liberi comizi » (72). L'argomento, che non mancherà di attirare le critiche di illustri giuristi (73), non intende porgere alcun sostegno

(67) Ivi, p. 233.

(68) Ivi, p. 237.

(69) Ancora utile, per un inquadramento generale, è il riferimento a R. BATTAGLIA, *La prima guerra d'Africa*, Torino, Einaudi, 1958, pp. 149 e ss. e p. 198.

(70) BRUNIALTI, *La costituzione italiana e i plebisciti*, in « Nuova Antologia », XXXVII, fasc. 1 (15 gennaio 1883) p. 341. Si veda anche pp. 339 e ss.: « La costituzione italiana veniva ad essere il risultato di una affermazione della coscienza nazionale affermata giuridicamente coi plebisciti. Lo Statuto piemontese mutava titolo... », non era più ottriata ma si fondava su « un patto bilaterale », « un patto nazionale stretto tra il principe e il popolo ».

(71) Ivi, p. 335: i plebisciti imponevano una considerazione dello Statuto non più « come era stato largito nel 1848, ma come si era venuto modificando nelle consuetudini costituzionali dello Stato subalpino ».

(72) Ivi, p. 338.

(73) La tesi è fatta oggetto di critiche da parte di Dioniso Anzilotti, di Santi Romano e di Vittorio Emanuele Orlando; cfr. G. D'AMELIO, voce *Brunialti, Attilio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Soc. grafica romana, XIV, 1972, p. 637.

ai dubbi anticolonialisti di Parenzo (anzi, come vedremo, Brunialti è critico nei confronti di Mancini, colpevole a suo giudizio di non esser stato abbastanza fermo nel respingere gli attacchi alla politica coloniale italiana), ma è semplice espressione della tensione che spinge a sostenere 'entro l'Europa' una compiuta fusione di destino e volontà del popolo. Il « cemento volontario » posto con i plebisciti a base della costituzione italiana è pura espressione di caratteristiche dell'organismo sociale, del carattere nazionale, della storia e della geografia del popolo; quella scelta volontaria, insomma, non può essere invocata come un astratto principio estensibile anche fuori dall'Europa. E d'altronde anche in Italia i plebisciti non dicono certo che il popolo è sovrano, che può in ogni momento modificare la sua costituzione e la sua forma di governo; essi si pongono soltanto come esempio di organicismo-contrattuale (74). La volontà degli italiani è necessariamente legata all'organismo Italia. È solo il compromesso tra questi diversi elementi che indica le caratteristiche per cui uno Stato « possa dirsi veramente costituzionale » (75).

La ricerca di un equilibrio tra proposizioni deterministiche e volontaristiche, tra indiscutibili leggi sociali e libertà dei popoli, le rappresentazioni opposte della società (ora vista come idilliaca relazione tra cittadini proprietari, ora come dominata da una minacciosa massa di nullatenenti) segna tutte le pagine del costi-

(74) BRUNIALTI, *La costituzione italiana e i plebisciti*, cit., p. 343: « La costituzione di uno Stato non dipende esclusivamente e in tutte le sue parti dalla volontà di coloro che vivono nello Stato; è patrimonio che noi abbiamo ricevuto dalle generazioni precedenti, e sul quale le generazioni avvenire hanno diritti che noi non possiamo scemare o distruggere. La monarchia costituzionale non può dipendere perciò dalla volontà di un corpo elettorale, o di un Parlamento, né da quella dello stesso Sovrano »

(75) BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, cit., vol. I, pp. 29 e 30: « Riteniamo si possa dire veramente costituzionale solo quello Stato dove le libertà dei cittadini sono efficacemente garantite ed i poteri limitati e coordinati; dove la nazione è rappresentata da un Parlamento, espressione della suprema coscienza, che si completa con la pubblica opinione, colla stampa, colle petizioni; dove l'amministrazione è circondata di guarentigie e di controlli, la giustizia indipendente, ed il governo ha cura del maggior possibile benessere del maggior numero di cittadini ».

tuzionalismo di Brunialti, tutta la sua attenzione per il diritto comparato e la sua proposizione in Italia della letteratura giuridica straniera ⁽⁷⁶⁾. Alla ricerca di questo equilibrio Brunialti può far proprie le pagine di Tocqueville ⁽⁷⁷⁾, trasformarsi in fiero sostenitore del sistema della rappresentanza proporzionale delle minoranze visto come unico strumento atto garantire ai 'savi' una minima difesa contro l'ineluttabile avvento del 'numero' ⁽⁷⁸⁾, può offrire come rimedio per tutti i mali il riferimento alla costituzione inglese, può ora invocare più solide guarentigie per le libertà ora la potenza e l'autorità dello Stato ⁽⁷⁹⁾. In considerazione della combinazione

(76) L'interesse per la comparazione e lo studio 'sperimentale' del diritto costituzionale caratterizzano tutti gli scritti giuridici di Brunialti. In tal senso si possono confrontare soprattutto le sue prolusioni e i suoi scritti programmatici. Si cfr. la già citata prolusione al corso libero di Diritto costituzionale comparato tenuto nella R. Università di Roma (*Le istituzioni politiche della Svizzera*); quella al corso di diritto costituzionale nell'Università di Pavia letta il 21 novembre del 1879 (*Le condizioni presenti del sistema rappresentativo*, poi in *Le moderne evoluzioni del governo costituzionale. Saggi e letture*, Milano, Hoepli, 1881) e quella al corso di diritto costituzionale letta nella R. Università di Torino il 7 febbraio 1881 (*La costituzione italiana*, Torino, Loescher, 1881); ma si veda anche ID., *Guida allo studio del diritto costituzionale*, Torino, Loescher, 1882 e ID., *Libertà e legge* (conferenza tenuta a Padova il 27 maggio 1883), Padova, Prosperini, 1883. Il progetto della *Biblioteca di Scienze politiche* è racchiuso soprattutto nelle ampie introduzioni di Brunialti al primo volume della prima e della seconda serie: *Le scienze politiche nello Stato moderno*, in *Biblioteca di Scienze politiche*, I serie, vol. I, Torino, Utet, 1884; e *La scienza della pubblica amministrazione* (prefazione a L. VON STEIN, *Compendio del Trattato e del manuale di scienza della pubblica amministrazione*), in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, Seconda Serie, vol. I, Torino, Utet, 1897.

(77) La lettura di Brunialti della « vera democrazia » e della « falsa democrazia » appare profondamente influenzata da convinzioni sulla « natura dell'uomo » tratte dai suoi studi di geografia. Si veda, ad esempio, nella presentazione di Brunialti della prima traduzione italiana della *Democrazia in America* di Tocqueville (va notato per altro che lo scritto è dello stesso anno della prefazione a Reclus): BRUNIALTI, *La democrazia* (introduzione alle opere di T. Erskine May e A. de Tocqueville), in *Biblioteca di Scienze politiche*, Prima serie, I, 1, Torino, Utet, 1884, pp. 75 e ss., in particolare pp. 117 e ss.

(78) Cfr. BRUNIALTI, *Libertà e democrazia. Studi sulla rappresentanza delle minorità*, Milano, Treves, 1880 (seconda ed. ampliata, la prima ed. è del 1871).

(79) Su questi temi si cfr. in particolare, ID., *Le forme di governo*, in *Biblioteca di Scienze politiche*, Prima serie, vol. II, Torino, Utet, 1886, in particolare p. CI e ss. sulla « sovranità nazionale » come strumento atto « a conciliare la libertà di tutti coll'autorità [...], il benessere degli individui con la potenza dello Stato »; ID., *La legge nello Stato moderno*, in *Biblioteca di scienze politiche*, Prima serie, vol. IV, t. 1, Torino,

spesso arbitraria di dottrine eterogenee che caratterizza la sua opera, la storiografia giuridica ha offerto giudizi molto severi sul giurista ⁽⁸⁰⁾ e non meno severi sono stati i fugaci cenni dedicagli dagli storici generali ⁽⁸¹⁾. Non è il caso qui di insistere però sulle contraddizioni del diritto costituzionale di Brunialti oppure di provare a mostrarne (come immancabilmente fa egli stesso in chiusura del suo manuale, proclamando la sua ‘immutata fede’ nelle idee del costituzionalismo liberale) le sue coerenze. Forse giova invece soffermarsi ancora sulla netta separazione degli argomenti

Utet, 1888, in particolare pp. LXXXII e ss. riguardo alla necessità di ‘conciliare’ leggi dello Stato e leggi della Società, di limitare l’uso della legge in riferimento alla ‘natura umana’; ID., *Lo Stato moderno*, in *Biblioteca di Scienze politiche*, Prima serie, vol. VII, Torino Utet, 1891, in particolare pp. XCIX ancora riguardo alla necessità di mediare, di ‘integrare in un termine medio’, le teoria del contratto sociale e quella organicistica, le rappresentazioni che riducono l’intera società alle leggi fatali della vita e della natura con quelle opposte che troppo valore danno alla libera azione del pensiero e della vita umana.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. G. CAZZETTA, *Una costituzione « sperimentale » per una società ideale. I modelli giuridico-politici di Attilio Brunialti*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 15, 1986, pp. 307 e ss.; G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall’Unità alla fine dell’Ottocento. Autonomie locali, amministrazione, costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 560 e ss., ma in particolare pp. 565-66.

⁽⁸¹⁾ Brunialti è stato spesso inquadrato, soprattutto a seguito delle sue relazioni con il gruppo dei politici veneti come Luzzatti, Lampertico e Rossi (cfr. R. CAMURRI, *Gli esordi di Attilio Brunialti nella scienza politica italiana (1869-1884)*, in « Ricerche di storia politica » 2, 1987, pp. 5 e ss.) come ‘protezionista’, ‘imperialista’, o ancora come fautore di ‘un regime cesarista’, come ‘crispino di ferro’, ‘protezionista impenitente’, ‘fautore di una stretta dipendenza della magistratura dall’esecutivo’. Si veda, in tal senso, S. LANARO, *Il Plutarco italiano: l’istruzione del “popolo” dopo l’Unità*, in *Storia d’Italia, Annali*, 4, *Intelletuali e potere*, Torino, Einaudi, 1981, p. 557. Sicuramente erroneo è il giudizio che classifica Brunialti come fautore di una stretta dipendenza della magistratura dall’esecutivo, un giudizio che appare infondato proprio in riferimento alle pagine portate a suo supporto (cfr. BRUNIALTI, *La funzione politica del potere giudiziario*, in « Archivio giuridico », V, 1870, pp. 403 e ss.). Bene ha fatto qualche anno fa Luigi Lacché a riproporre il saggio di Brunialti sulla magistratura in « Storia Amministrazione Costituzione, Annale Isap », 7 1999, pp. 9-23, facendolo seguire da un commento in cui si chiarisce che l’idea propugnata è quella di costituzione come garanzia dei diritti e delle libertà e che il riferimento va a una funzione politica del potere giudiziario nel senso di un’idealizzazione del governo dei giudici di stampo anglosassone (cfr. ivi, L. LACCHÉ, *Il potere giudiziario come « potere politico » in Attilio Brunialti*, pp. 25 e ss.).

‘entro’ e ‘fuori’ l’Europa, sugli argomenti posti a sostegno dell’impossibile estensione del motto ‘l’Italia per gli italiani’ a popoli extraeuropei.

Il 26 giugno del 1882, rispondendo in Parlamento a Cesare Parenzo che aveva richiamato i plebisciti per negare legittimità all’acquisto di Assab, Pasquale Stanislao Mancini è costretto a porre a confronto le scelte della politica coloniale con le sue convinzioni di sostenitore del principio di nazionalità⁽⁸²⁾. Il fatto che l’Italia abbia adottato il sistema dei plebisciti per alcune sue annessioni non ha cancellato — dice — gli altri modi di acquisto territoriale degli Stati: il sentimento liberale e la considerazione del « diritto delle genti dell’avvenire » non possono porre in discussione i modi di trasmissione internazionale della sovranità territoriale ammessi da secoli e ancora in vigore. Le regole valide per le cessioni di territori « sui quali esistono popoli civilizzati con Governi regolarmente costituiti » devono a maggior ragione applicarsi ai « territori che sono abitati da tribù quasi selvagge e semi-barbare, senza leggi e forme di reggimento politico »⁽⁸³⁾. Al di là di assolutizzanti richiami ai plebisciti, l’acquisto della colonia italiana è dunque « pienamente legittimo » in base al diritto internazionale ed è particolarmente legittimo se si fa riferimento a territori di popoli ‘barbari’. Affermata la legittimità dell’acquisto coloniale, resta tuttavia ancora aperto il contrasto con le tesi sostenute dallo stesso Mancini riguardo al principio di nazionalità; ma l’uomo di governo, costretto a fare i conti con il rigore delle istituzioni presenti, non può che prendere le distanze dallo studioso che, guardando lontano, era intento a delineare gli ideali del diritto delle genti dell’avvenire:

« ogni scienza deve avere i suoi ideali ed aspirare ad una meta di perfezione; sarebbe però follia pretendere di raggiungerla in un giorno, e

⁽⁸²⁾ Il riferimento va ovviamente alla nota prolusione tenuta a Torino il 22 gennaio 1851, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti* (può essere ora letta in edizione a cura di Jayme, Torino, 1994).

⁽⁸³⁾ Intervento del 26 giugno 1882 (XIV legislatura, sessione 1880-1882), ora in P.S. MANCINI, *Discorsi parlamentari*, vol. VII, Roma, tip. della Camera dei deputati, 1896, p. 153.

non già con l'azione laboriosa del tempo e del progressivo incivilimento umano, ma distruggendo ad un tratto ciò che secoli hanno creato e consacrato » (84).

L'uomo di governo deve osservare le istituzioni del presente e contemporaneamente preparare l'avvenire affidandosi agli indirizzi della scienza: « I Governi, illuminati dai consigli della scienza, hanno la missione di preparare l'avvenire, di rendere possibile quelle grandi riforme negli ordini del diritto, della giustizia, della civiltà, che sono il decoro e il vanto dell'umanità » (85). Al filo che lega il presente all'avvenire Mancini affida la difesa della coerenza delle sue posizioni nei suoi noti interventi parlamentari in cui, tentando di tranquillizzare « anche i più scrupolosi adoratori della scienza pura » riguardo alla « legittimità » della « relazione benefica fra i popoli avanzati nella civiltà, e quelli i quali hanno bisogno di esservi condotti », insiste sulla necessità di stabilire un « rapporto di protezione », una « tutela », nei confronti dei popoli colonizzati (86).

Sulla questione sollevata dal richiamo ai plebisciti per negare legittimità alla politica coloniale italiana, una questione che coinvolgeva da vicino il nucleo centrale del suo impianto costituzionale, Brunialti non sente affatto il bisogno, né come deputato (87), né come giurista di spendere una parola. Nei suoi discorsi alla Camera, sia che si parli del possibile intervento italiano nel Sudan che dell'eccidio di Gustavo Bianchi, la sua posizione è sempre volta ad 'eccitare' il governo a una partecipazione attiva al movimento coloniale (coi miei interventi in Parlamento — scrive — « eccitavo

(84) Ivi, p. 167.

(85) *Ibidem*.

(86) Nel discorso del 30 giugno 1887 (in ivi, vol. VIII, p. 444) Mancini insiste sul rapporto di protezione fra il popolo colonizzato e quello colonizzatore, instaurando un parallelo con la tutela nel diritto privato: l'iniziativa coloniale non è contraria al « principio di indipendenza e dell'uguaglianza di tutte le creature umane » così come non lo è nel diritto privato la « tutela degli incapaci per età o per la debolezza di mente » (*ibidem*). Si cfr. sul punto T. SCORAZZI, *Assab, Massaua, Ucciali, Adua. Gli strumenti giuridici del primo colonialismo italiano*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 50 e ss.

(87) Brunialti fu deputato nelle legislature XV (1882); XVI (1886); XVII (1890); XVIII (1892); XX (1897); XXI (1900); XXII (1904); XXV (1919)

l'Italia a prendere parte attiva al movimento coloniale» (88)), sempre priva di dubbi riguardo alla legittimità dell'intervento, sempre decisa nel negare qualsiasi incidenza sul programma coloniale di 'astrazioni giuridiche', di pericolosi riferimenti ai 'diritti umani', agli ideali di 'pace'. L'acquisto di Assab — sostiene senza mezzi termini sulla *Nuova Antologia* — è legittimo secondo il diritto internazionale e secondo lo Statuto: «V'è chi ne contesta tuttavia la sovranità all'Italia, sebbene noi, a codeste pretese, risponderemo oramai a suon di cannone [...]» (89).

La predestinazione che lega *l'Italia agli italiani* ha come conseguenza per Brunialti il naturale approdo di un'Italia, divenuta grande potenza, all'espansione coloniale. La necessità dell'espansione coloniale si impone di per sé, scaturisce da una 'convinzione profonda' che diviene 'fede', 'certezza assoluta' che non ha bisogno di affermare nessun altro nesso con le posizioni teoriche presenti riguardo al diritto nazionale e al diritto delle genti: «Oh potesse la voce mia penetrare in ogni coscienza ed esprimere, coll'eloquenza di Demostene, la convinzione che ho profonda della necessità di codesta nostra espansione economica e civile» (90). Ed è proprio movendo da questa *convinzione profonda* della *necessità* dell'espansione coloniale che Brunialti critica le mediazioni di Mancini ed attacca i fautori delle «teorie umanitarie» contrari a «ingerirsi nelle cose interne di qualsiasi popolo anche barbaro» (91). Nei confronti di Mancini si passa dall'elogio del 1882 («fu certo ventura per l'Italia che si trovasse al Palazzo della Consulta un giureconsulto eminente e principe del diritto internazionale come

(88) Cfr. BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, cit., pp. 241 e ss. per una sintesi dei suoi interventi alla Camera in tema di colonie. La spinta ad «eccitare» il Governo a un impegno più intenso nella politica coloniale è dovuta anche — così scrive — ai numerosi contatti con i sostenitori dell'espansionismo italiano in Africa: «L'Esploratore di Milano, specie negli anni 1883 e 1884, ha pubblicato molti studi, continui eccitamenti, relazioni pregevolissime sulla utilità di occupare Tripoli. E trovarono eco nelle colonie, di dove ricevo sempre lettere le quali mi invitano ad eccitare il Governo italiano ad osare» (ivi, p. 313, in nota).

(89) BRUNIALTI, *Assab. La prima colonia italiana*, in «Nuova Antologia», Seconda Serie, XXXIV, fasc. 13 (1° luglio 1882), p. 129.

(90) BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, cit., p. 325.

(91) Ivi, p. 324.

l'on. Mancini » ⁽⁹²⁾) a critiche sempre più aspre dopo l'uccisione di Bianchi e i suoi compagni nel 1884. La principale critica mossa a Mancini è proprio quella di essersi lasciato andare a 'lezioni di diritto internazionale' senza prendere atto delle 'necessità della politica', quella di aver voluto mantenere in piedi un legame tra la posizione dell'uomo di Stato e quella del giureconsulto:

« Le qualità che più onoravano lo scrittore, il giureconsulto, il professore, che lo facevano, non esito a dirlo, una gloria italiana, tornavano d'impaccio all'uomo di Stato, e diffusero ovunque la sicurezza che all'Italia tutto si poteva chiedere, che con essa tutto si poteva osare, perché in nome dell'umanità, della giustizia, della pace della civiltà e di tante altre cose belle non ci saremmo guastati mai » ⁽⁹³⁾.

E puntuali ritornano le differenze tra chi sin dal primo momento aveva indicato il programma coloniale dell'Italia e chi si era opposto:

« Il nostro posto in Africa io l'ho additato da parecchi anni. Deplorai che i nostri diplomatici non sapessero prenderlo fin dalla Conferenza di Berlino, e se lo lasciassero sfuggire anche quando la Francia ci affondava e comprometteva la nostra posizione nel Mediterraneo coll'acquisto di Tunisi. Ma io gridava ai venti, allora. Nel mondo ufficiale tutt'altre idee prevalevano; l'idea di una politica qualsiasi coloniale pareva all'on. Mancini ministro infeconda, dannosa, indegna di noi » ⁽⁹⁴⁾.

Sostenuta da una carica retorica che non sempre è ispirata dall'eloquenza di Demostene, la difesa del programma coloniale non può passare insomma attraverso alcun compromesso con le regole giuridiche che risultano solo di impaccio alla piena esplicazione della potenza geografica dello Stato italiano. Chi è veramente persuaso della necessità dell'espansionismo coloniale deve rifiutare vie di mezzo e compromessi, deve rinunciare a qualsiasi confronto tra la politica coloniale e le argomentazioni giuridiche. Quello che Brunialti rimprovera a Mancini è di non aver compreso che *la necessità* sottrae la politica coloniale al diritto e agli ideali astratti di umanità, di giustizia, di pace.

Per conferire scientificità a queste sue distinzioni Brunialti

⁽⁹²⁾ BRUNIALTI, *Assab. La prima colonia italiana*, cit., p. 133.

⁽⁹³⁾ BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, cit., p. 373 in nota; cfr., anche p. XIV.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. *ivi*, p. 286.

richiama soprattutto i nessi esistenti tra il diritto e la politica. La consapevolezza dell'impossibilità di una costruzione tutta giuridica dello Stato (« lo Stato potrà essere giuridico sino a che si vuole [...] ma solo la politica determinerà quei criteri di suprema necessità che dovranno all'uopo prevalere »⁽⁹⁵⁾) e la certezza per cui il diritto non può tutto « prevedere e controllare » spingono Brunialti alla costruzione di un diritto costituzionale come « scienza eminentemente politica »⁽⁹⁶⁾. La scienza politica si pone, dunque, inevitabilmente 'più in alto' rispetto al diritto; essa infatti ha il compito di indirizzare l'azione prevalente della politica in base a parametri scientifici. Nel confuso programma tracciato nel primo volume della *Biblioteca* il giurista vicentino indica come compito della scienza politica quello di « indagare, perfezionare, suggerire le norme più adatte al buon governo degli Stati »⁽⁹⁷⁾. La scienza politica — che si distingue dal diritto così come « l'azione dello Stato è distinta dal suo organismo »⁽⁹⁸⁾ — offre al politico certezze per l'azione in due direzioni diverse: da un lato guida a una comprensione della « intima struttura dello Stato » e indica le forme di governo, le riforme, le garanzie per la libertà *necessarie* all'organismo dello Stato; dall'altro indirizza l'azione della politica nei casi in cui le *necessità* si sottraggono completamente a qualsiasi relazione con diritto. Il riferimento alla *necessità* è fortemente differenziato nelle due ipotesi. Nel primo caso *la prevalenza* della politica sul diritto richiama necessità che scaturiscono dal legame storico, geografico, culturale che unisce il popolo e il territorio. Qui la scienza politica guida l'azione del politico perfezionando l'organismo statale, migliorando il diritto, confermando i principi che legano l'Italia agli italiani con un vincolo 'organico contrattuale'. Il riferimento alla *necessità* muta radicalmente quando l'azione dello Stato si proietta, invece, fuori dal riferimento all'organismo dello Stato, fuori dai certi confini europei. Qui il richiamo alle *necessità* (civili, commerciali, strettamente politiche di potenza dello Stato o di sopravvi-

(95) BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, cit., vol. I, p. 39.

(96) Ivi, p. 31.

(97) BRUNIALTI, *Le scienze politiche nello Stato moderno*, cit., p. 11.

(98) Ivi, p. 16.

venza dello Stato) è utilizzato per mostrare al politico come la sua azione debba rifuggire da illusorie delimitazioni giuridiche e debba ‘purtroppo’ svolgersi senza remore umanitarie.

La *necessità* del « metodo sperimentale » e del « metodo d’osservazione » della scienza politica propone al politico un’azione che, in fondo, altro non fa che assecondare la predestinazione geografica dei popoli: entro la civiltà europea, la scienza politica perfeziona il destino che lega la terra agli uomini migliorando le conquiste del diritto ⁽⁹⁹⁾, proponendo riforme per ampliare le libertà moderne, fornendo suggerimenti per il raggiungimento della miglior forma di governo ⁽¹⁰⁰⁾; fuori dalla civiltà europea la scienza politica non può che indicare l’ovvia inapplicabilità di quei principi, non può che negare l’estensione del motto *l’Italia agli italiani* ai popoli africani.

Grazie a questo percorso le speranze del *programma vagheggiato* non si presentano come semplici proposte per l’agire politico, ma come verità scientifiche poste a sostegno di una « fede ». Certo com’è che « l’espansione coloniale si impone alle moderne genti europee come una necessità economica, politica e civile » ⁽¹⁰¹⁾, Brunialti può superare ogni contrasto teorico tra il principio di nazionalità e l’espansionismo coloniale e può condannare le ambiguità e le indecisioni di una politica ‘reale’ incapace di impostare la politica come scienza.

5. Scoprire l’ignoto.

La sagoma formale che lega assieme i contrastanti progetti del nostro giurista può forse essere compresa meglio cercando di guardare un po’ più da vicino i contenuti che progressivamente riempiono il discorso. Le distinzioni sopra considerate danno forza a contenuti molto variegati tra loro: le passioni, i sogni, i programmi

⁽⁹⁹⁾ Cfr. ivi, p. 37, 38 e 39: « il governo rappresentativo è da ritenersi nelle presenti condizioni della civiltà europea ad ogni altro superiore »; « La forma di governo che suol chiamarsi costituzionale è il maggior perfezionamento del diritto pubblico, e può considerarsi come la più sicura guarentigia di libertà ed il più efficace strumento di benessere nelle presenti condizioni della società e degli Stati di civiltà europea ».

⁽¹⁰⁰⁾ BRUNIALTI, *Le scienze politiche nello Stato moderno*, cit., p. 43.

⁽¹⁰¹⁾ BRUNIALTI, *L’Italia e la questione coloniale*, cit., p. 165.

vagheggiati, gli interessi e le fantasie, gli ideali e le velleità di potenza, una volta immessi entro il quadro delle presunte distinzioni scientifiche, divengono dati, fatti, certezze, necessità. Argomentazioni spesso piatte, banali e ripetitive divengono così il concreto fondamento di confini teorici tra il regno puro della forza e quello del diritto delle genti, tra i diritti dell'uomo e il razzismo nei confronti dei 'selvaggi'.

A dare inizialmente impulso al discorso colonialista di Brunialti è soprattutto il fascino della scoperta dell'ignoto, sono « le seduzioni della geografia »⁽¹⁰²⁾ che colorano di scientificità i racconti di viaggiatori in terre lontane, le esplorazioni di quel continente africano « in grado di sostenere colle sue meraviglie tutti gli slanci dell'immaginazione »⁽¹⁰³⁾. Gli scritti di Brunialti degli anni Settanta e dell'inizio degli anni Ottanta testimoniano la sua grande attenzione per la « nobile gara » tra gli Stati per la conquista del Polo, per le « audaci imprese » degli esploratori impegnati in tutti i continenti, per l'apertura di nuove vie nel commercio internazionale (dopo l'apertura del canale di Suez, all'inizio degli anni Ottanta si guarda con fiducia al taglio dell'istmo di Panama), per le nuove conoscenze riguardo alla vita dei popoli, per l'estendersi del dominio dell'uomo sulla natura che apre grandi speranze riguardo a un'espansione senza limiti della civiltà. Il programma cui aderire appare riassunto in quelli che Brunialti indica come gli obiettivi dei Congressi Geografici: « studiare la terra nei suoi diversi aspetti, nella sua fisica costituzione [...]; rifare la storia del nostro pianeta nelle diverse età [...]; mettere a poco a poco l'uomo in possesso di tutta la terra abitabile [...]; mettersi d'accordo intorno alle esplorazioni da compiere [...]; scoprire l'ignoto [...] »⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰²⁾ BRUNIALTI, *Prefazione* a RECLUS, *Nuova Geografia Universale*, cit., p. XXXVIII: « fra tutte le scienze la geografia è quella che possiede maggiori seduzioni per tutti ».

⁽¹⁰³⁾ BRUNIALTI, *La Conferenza di Berlino*, in « Rassegna di Scienze sociali e politiche », II, vol. I, fasc. LIV (15 maggio 1885), p. 269.

⁽¹⁰⁴⁾ BRUNIALTI, *Il Terzo Congresso Geografico Internazionale tenuto a Venezia dal 15 al 22 settembre 1881*, cit., p. 374. Cfr. anche ID., *L'Esposizione Geografica Internazionale tenuta a Venezia nel Settembre 1881*, in « Nuova Antologia », seconda serie, vol. XXX, fasc. 21 (1 novembre 1881), pp. 82 e ss.

La passione per la geografia (testimoniata da scritti e, come sappiamo, da importanti traduzioni), per i viaggi (di cui scrive sull'*Illustrazione Italiana*), la montagna (di cui scrive sul *Bollettino del Club Alpino italiano*), per l'aprirsi di grandi vie del commercio, per le vittorie della « geografia esploratrice » in tutti i continenti, unisce nelle pagine di Brunialti slanci dell'immaginazione e certezze scientifiche sia nei suoi scritti per il *Bollettino della Società Geografica italiana*, sia nella retorica delle sue conferenze ⁽¹⁰⁵⁾, sia nei suoi scritti scientifici. La mediazione che Brunialti propone nelle sue pagine di scienza politica e di diritto costituzionale tra osservazione e astrazione riprende involontariamente l'intreccio tra certezze e immaginazione, fra ragione e passione che caratterizza le sue frequentazioni con la geografia. Il programma coloniale trae sostegno dai diversi aspetti che si uniscono sino a fondersi e a diventare indistinguibili.

Il percorso che conduce dalla passione per la geografia alle certezze della scienza politica può essere tracciato semplicemente considerando i richiami di Brunialti alla figura dell'esploratore, una

⁽¹⁰⁵⁾ Brunialti collabora per tutti gli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta al « Bollettino della Società Geografica Italiana » scrivendo di spedizioni polari, di esplorazioni nell'Occidente dell'Australia, in Nuova Guinea, in Tibet e soprattutto di esplorazioni geografiche nel continente africano, con particolare riferimento alle esplorazioni di Stanley; presenta resoconti di congressi (ad esempio, sul Congresso Internazionale di geografia commerciale di Parigi del settembre 1878) e pubblica alcune sue conferenze. Tra quest'ultime si veda, a mo' d'esempio, *L'emigrazione e la colonizzazione degli italiani e l'avvenire della regione platense. Conferenza tenuta alla società geografica il 6 gennaio 1882* (anno XVI, serie, II, vol. VII, p. 152 e ss.); *La vita politica presso i selvaggi. Conferenza tenuta il giorno 11 giugno 1882 alla Società Geografica Italiana* (ivi, pp. 667 e ss.). Oltre agli scritti presenti nel *Bollettino della Società geografica italiana*, e nel *Bollettino della Sezione Fiorentina della Società Africana d'Italia*, si possono vedere innumerevoli altri suoi interventi sul tema che fondono passione per la geografia e propaganda coloniale: BRUNIALTI, *Le grandi vie del Commercio Internazionale e gli interessi italiani. Relazione*, in *Studi sulla Geografia Naturale e Civile dell'Italia pubblicati per cura della Deputazione ministeriale istituita presso la Società Geografica Italiana*, Roma, tip. Elzeviriana, 1875; ID., *I progressi della geografia generale e della geografia esploratrice in Europa, Asia, America Oceania nel 1876: lettura all'Accademia olimpica di Vicenza nella tornata del 4 marzo 1877*, Vicenza, tip. Burato, 1877. In generale riguardo alla grande attenzione dedicata dal *Bollettino della Società geografica italiana* alle memorie concernenti l'Africa, l'Asia, l'Australia e l'arcipelago indonesiano e sull'accrescersi della vocazione espansionistica della Società con la presidenza di Cesare Correnti, si cfr. CARAZZI, *La Società geografica italiana e l'esplorazione coloniale dell'Africa*, cit., pp. 40 e ss.

figura che quanto più è mitizzata, tanto più è posta a concreto fondamento del discorso coloniale. Trasformato da « ingredienti mitici » e destinato presto a tramutarsi in leggenda, il racconto degli esploratori esercitò, com'è noto, una forte influenza sulle generazioni dell'Italia post-unitaria che cercavano nuovi valori ⁽¹⁰⁶⁾. Il fascino dell'ignoto trasmesso della « geografia esploratrice » è consapevolmente utilizzato da Brunialti per convincere, per persuadere, divulgando passioni e speranze; nello stesso tempo però quel racconto è sempre più preso sul serio ed è utilizzato come indiscutibile « fatto » posto a sostegno della politica coloniale.

A esploratori e geografi occorre affidare la missione di espansione del commercio e della civiltà; a loro si guarda per la realizzazione del *programma del secolo*:

« Non si contragga adunque la produzione, non appigliamoci ad i ciechi ed usati artifici della tariffa, ne' quali può far rinascere fede soltanto la disperazione, raccomandiamoci piuttosto agli esploratori e ai geografi. Gli industriali aprano la borsa, i commercianti allarghino i chiusi orizzonti, impariamo a contare anche colle centinaia di milioni di abitanti che si sottrassero sino ad ora ad ogni azione civile. Qual programma più magnifico per il nostro secolo di questa espansione di civiltà, di questa vita più larga, di questa elevazione di razze inferiori » ⁽¹⁰⁷⁾.

Alla divulgazione del racconto degli esploratori è affidato il successo popolare della causa coloniale:

« Nulla accoglie meglio tutte le condizioni di un grande successo popolare del racconto dei viaggiatori che vanno a scoprire lontane terre, sfidando ogni pericolo, soffrendo ogni privazione per la scienza e per la civiltà » ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ A. DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale*, 1. *Dall'Unità alla marcia su Roma*, Roma-Bari, Laterza, 1985, pp. 74 e ss. Si cfr. anche ID., *L'Italia e la spartizione dell'Africa*, in ID., *L'Africa nella coscienza degli italiani. Miti, memorie, errori, sconfitte*, Milano, Mondadori, 2002, pp. 3 e ss.

⁽¹⁰⁷⁾ BRUNIALTI, *La Francia in Algeria*, in « Nuova Antologia », Nuova serie, XXVII, 1881, fasc. X (15 maggio), p. 312.

⁽¹⁰⁸⁾ BRUNIALTI, *La Conferenza di Berlino*, cit., p. 269. Brunialti è consapevole del « grande successo popolare » che accoglie il racconto dei viaggiatori ed è perciò particolarmente attivo nell'utilizzare le biografie dei grandi viaggiatori e i rendiconti sui progressi della geografia come strumento di propaganda colonialistica. Particolare importanza rivestono da questo punto di vista le già menzionate pubblicazioni offerte come « dono agli abbonati della Geografia Universale di E. Reclus ». Si cfr., ad esempio, BRUNIALTI, *I grandi viaggiatori. Cento biografie con ritratti*, Milano, Vallardi, 1886-1887,

Ed è ancora alle « magnifiche opere » degli esploratori (« opere che tutti dovrebbero leggere ») che, in particolare dopo Dogali, si fa riferimento per invitare « tutti » a scorgere finalmente la vera realtà dell’Africa; in quel racconto infatti ci sono « fatti » che dimostrano una radicale diversità tra ‘noi’ e ‘loro’, che abbattano ogni illusione umanitaria, rendono « ridicolo » qualsiasi riferimento al diritto delle genti e ai principi di diritto europeo. La conclusione da trarre dagli studi di geografia e dagli scritti degli esploratori non può dunque che essere univoca; quei racconti servono

« a cacciare in bando idee assolutamente sbagliate, nelle condizioni presenti dell’Africa orientale e sul probabile suo avvenire. Giudicarne secondo le condizioni e le storie nostre, o anche secondo i ricordi dell’Europa feudale, è frutto della più supina ignoranza. Credere davvero che in quest’Africa orientale siano nazioni degne del più alto rispetto, gelose del territorio e della indipendenza, che comprendano ed apprezzino le norme del diritto delle genti, e possano essere trattate secondo queste norme dettano, è una esagerazione strumentale, ridicola, se non avesse le più tragiche conseguenze. Si legga, si legga la storia di codesti stati o tribù, che noi trattiamo da pari a pari, di codesti capi, *ras*, *negus*, o *imperatori*, che noi prendiamo con tanta serietà; si apprezzino veramente il grado loro di civiltà, le loro condizioni presenti, il progresso loro e si trarranno da tutto ciò norme di condotta ben diverse da quelle che sono state adottate sin ad ora, e furono la causa principale delle nostre jatture » (109).

in cui con toni apogetici e didattici si presenta la vita di David Livingstone, Orazio Antinori, Giovanni Chiarini, Romolo Gessi, Antonio Cecchi, Giuseppe Maria Giulietti, Pellegrino Matteucci assieme a quella dei grandi esploratori del passato. Si veda, a mo’ d’esempio, la conclusione delle pagine dedicate a Giuseppe Maria Giulietti: « [...] in sull’alba del 21 maggio, la spedizione fu assalita nel sonno da una masnada di Danakili, e Giulietti, col tenente Biglieri, e dodici marinai furono tutti uccisi. Vittime infelici, che l’Italia non seppe vendicare, lasciandosi raggirare dalle astuzie musulmane di una inchiesta, riuscita a derisorie conclusioni, e facendo credere così, fin d’allora, che in Africa può essere versato impunemente sangue italiano ». Si cfr. inoltre *Annuario geografico statistico per 1891-1892 illustrato con quattordici ritratti dei più celebri viaggiatori*, cit., in particolare pp. 398 e ss. sulle ‘meraviglie’ dell’Africa; e Id., *Annuario geografico statistico per 1895-96 illustrato con 16 ritratti di celebri geografi viaggiatori*, Milano, Società Editrice Libreria, 1897.

(109) BRUNIALTI, *Menelik re di Scioa e le sue recenti conquiste*, in « Nuova Antologia », terza serie, VIII, 1887, fasc. 8 (16 aprile), pp. 690 e ss., p. 710. Fa in particolare riferimento ai resoconti di Guglielmo Massaja, di Orazio Antinori e Giovanni Chiarini, di Antonio Cecchi e Sebastiano Martini (il testo portato a modello è comunque quello di CECCHI, *Da Zeila alle frontiere del Caffa*, cit.). La conclusione è comunque univoca: l’assenza di una ‘vendetta’ nei confronti dei massacri degli esploratori rappresenta la causa profonda della disfatta di Dogali: « Una pronta e anche

I fatti narrati dagli esploratori porgono le più disparate indicazioni per la politica coloniale; movendo da quei fatti si può fantasticare riguardo a un grande impero coloniale italiano da realizzare con piccoli espedienti, si possono confondere sogni e realtà nel tracciare il destino della potenza coloniale italiana: il « sogno » di costituire « la base di un impero italiano » lungo tutto il litorale dell’Africa Orientale affianca così quello di estendere l’influenza sulle colonie portoghesi (guardando alla « intima unione tra due popoli generosi, conosciuti nell’Africa con più favori di altri conquistatori » ⁽¹¹⁰⁾), la proposta di « raccogliere i frutti dell’odio » diffuso in Africa contro i francesi ⁽¹¹¹⁾, quella di strumentalizzare i missionari nella penetrazione coloniale, quella di creare colonie anche senza far uso della violenza, quella di creare solo colonie commerciali, quella di creare colonie di qualsiasi tipo pur di non lasciare l’Italia priva di grandi ideali, con le ‘mani pulite’ ma schiacciata dalle altre potenze europee.

I fatti offerti dagli esploratori testimoniano soprattutto però le condizioni « reali » dell’Africa, confermando la radicale diversità tra *africani* ed *europei*: la condizione di « anarchia » in cui si trova l’Africa orientale mostra una terra in cui « una sola legge, una sola autorità, una sola religione vi esercita un vero dominio, la forza » ⁽¹¹²⁾, dimostra dunque come in quel territorio non sia possibile altra legge se non quella dell’uso della forza e che per controllare quei popoli occorre « far comprendere e sapere per non dubbie vie [...] che i forti siamo noi » ⁽¹¹³⁾, anche a costo di « passare attraverso ad un bagno di sangue » ⁽¹¹⁴⁾.

Dimostrare che i forti siamo noi. La conclusione si sottrae

disumana vendetta di Giulietti, di Bianchi, di Porro [...] avrebbe mostrato alle genti africane che gl’Italiani hanno le braccia lunghe e forti e nessuno può loro sfuggire. Invece ricorsero ai negoziati, alle inchieste, ai trattati: parole che arabi ed etiopi disprezzano del pari ». Così A. BROWN [BRUNIALTI], *Gl’Italiani in Africa*, in « Nuova Antologia », terza serie, vol. VII, fasc. 4 (16 febbraio 1887), p. 728.

⁽¹¹⁰⁾ « questo sogno non è il solo [...] »: BRUNIALTI, *Assab. La prima colonia italiana*, cit., p. 145.

⁽¹¹¹⁾ BRUNIALTI, *La Francia in Algeria*, cit., p. 337

⁽¹¹²⁾ BRUNIALTI, *Menelik re di Scioa e le sue recenti conquiste*, cit., p. 711.

⁽¹¹³⁾ Ivi, p. 714.

⁽¹¹⁴⁾ A. BROWN [BRUNIALTI], *Gl’Italiani in Africa*, cit., p. 732.

necessariamente ad ogni possibile riferimento a princìpi giuridici o ad astratti riferimenti ai diritti dell'uomo perché espressione di una « legge inesorabile » che si impone alle nazioni europee e alle « razze inferiori » come un destino a cui è impossibile sottrarsi:

« si grida alla vergogna, e si fa appello ai sentimenti umani, ai principii, ai diritti dell'uomo, ai doveri delle nazioni europee [...] [ma] l'uso della forza è pure una legge dell'umanità, legge severa, inesorabile, alla quale indarno ci proveremmo a sottrarci [...]. Gli indigeni opporranno resistenza, ma presto si restringeranno, cercheranno di adattarsi ai nuovi padroni, e il maggior numero scomparirà nelle lotte, come gl'Indiani delle praterie, come i Polinesii, come i Maori della Nuova Zelanda. Quale salute possono sperare le razze inferiori? » ⁽¹¹⁵⁾.

6. *L'espansione coloniale si impone.*

Nell'ottica di Brunialti il contributo fondamentale che il discorso giuridico politico può dare al colonialismo è dunque quello di dimostrare la *necessità* di un expansionismo europeo. Il richiamo all'evidenza della *predestinazione geografica* dei popoli superiori, il riferimento al destino senza speranze delle 'razze inferiori' trasforma il programma coloniale in un presunto discorso scientifico che altro non è che una continua presa d'atto di un percorso provvidenzialmente dato, immodificabile, irreversibile. I diversi argomenti 'scientifici' posti a sostegno del progetto coloniale si presentano come un semplice corollario di questa certezza: l'espansione coloniale dà « ideali grandi e virili atti a muovere una grande nazione », è rimedio organico all'indebolimento dello Stato dovuto alla crescente emigrazione (« le colonie sono il più organico degli effetti che dall'emigrazione derivano » ⁽¹¹⁶⁾), è mezzo per « suffragare la pena della deportazione », è segno di expansionismo commerciale (« [...] la produzione è segno [...] di forza, [...] più una nazione produce ed esporta, più aumenta la sua potenza » ⁽¹¹⁷⁾), è

⁽¹¹⁵⁾ BRUNIALTI, *Menelik re di Scioa e le sue recenti conquiste*, cit., p. 713.

⁽¹¹⁶⁾ BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, cit., p. 145.

⁽¹¹⁷⁾ Ivi, p. 162.

strumento per combattere il diffondersi di «ideali dissolventi» (118).

Brunialti sfiora argomenti giuridici, alterna riferimenti alla scienza politica e alla geografia, prova a coniugare il programma coloniale e gli ideali di una perfetta forma di governo, esalta congiuntamente ampie guarentigie per le libertà moderne e uso spietato della forza, sovrappone costituzionalismo liberale e impeti razzisti, fonde le pagine di Reclus con quelle di Vattel e di Jhering, inventa una storia coloniale italiana da contrapporre a quella inglese e francese, contrappone colonizzazione 'antica' e 'moderna' per individuare la miglior «arte» della colonizzazione. Al di là dei loro specifici contenuti i diversi argomenti, sostenuti dal filo sottile delle distinzioni tra politica e diritto, forniscono un unitario supporto a un programma coloniale che non si presenta come un'opzione politica qualsiasi, suscettibile di essere accettata o respinta, ma come scelta irrinunciabile, obbligata, necessaria.

Ogni argomento finisce così per confermare la predestinazione dei popoli; ogni argomento trasforma quel pregiudizio in certezza che convalida la scientificità del programma. Seguendo Vattel il tema dell'appartenenza della terra al genere umano è utilizzato per legittimare l'occupazione da parte degli europei anche di territori abitati ma non sfruttati in modo appropriato: «la terra appartiene al genere umano per la sua sussistenza. Se ciascuna nazione avesse voluto da principio occupare una vastità di territori per vivere di caccia, di pesca, di frutti selvatici, il nostro globo non basterebbe alla decima parte degli uomini che lo abitano» (119). Con Bluntschli, richiamato in nome di tutti gli scrittori di diritto pubblico tedesco, si sostiene che «lo Stato moderno non è perfetto senza colonie» perché solo con le colonie lo Stato «estende la sua potenza, la sua azione civile, la sua influenza» (120). Le colonie non rappresentano soltanto però l'estensione della potenza dello Stato e il perfezionamento dello Stato, esse sono anche strumento di

(118) Cfr. *ivi*, pp. 343 e ss.: «si celebra la triste Comune di Parigi con più fede in Romagna che a Parigi [...] la gioventù si gitta nelle più infeconde agitazioni».

(119) *Ivi*, pp. 228 e ss. Sull'utilizzazione delle pagine di Vattel (1758) per legittimare l'impresa coloniale si cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 3. *La civiltà liberale*, Bari-Roma, Laterza, 2001, pp. 476 e ss.

(120) BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, cit., p. 169.

sopravvivenza per lo Stato. Per le « genti europee » più che « vera conquista » il colonialismo è, infatti, « necessità di esistenza » ⁽¹²¹⁾, legittima difesa: « [...] non è una questione di avidità, non è vera conquista, ma il modo come provvedere alla nostra sicurezza, alla nostra difesa » ⁽¹²²⁾. Ma soprattutto « in uno Stato dove governa, dopo tutto, la pubblica opinione » ⁽¹²³⁾ le colonie esprimono il carattere di un popolo, il suo coraggio, la sua predisposizione a grandi ideali e a sfide eroiche. Le colonie sono meritate solo da popoli capaci di combattere per grandi obiettivi. Offrendo un ideale eroico, il programma coloniale dà dunque anche l'occasione di riscattare i difetti del carattere nazionale: « Perché nascondere i nostri difetti? Per dieci esempi di forti, di audaci, generose iniziative, ne abbiamo cento di ignavia [...] Questione di carattere nazionale, questione di sangue che circola lento, e determina l'anemia, i colori pallidi, l'irrisoluzione, là dove gli altri spiegano la più feconda, la più frenetica attività » ⁽¹²⁴⁾.

Sostenuto com'è dai bisogni della sopravvivenza dello Stato, dalla necessità della sua potenza, da ideali eroici di affermazione e di riscatto del carattere nazionale, il destino geografico che spinge i popoli civilizzati a perseguire il sogno coloniale è in grado di resistere a tutti gli attacchi, di superare ogni riferimento agli « inconvenienti » della colonizzazione. Significativa, da questo punto di vista, è la valutazione data a proposito della colonizzazione francese dell'Algeria. Terra occupata, coltivata e difesa da una « razza [...] rotta alle imprese di guerra, da lungo tempo padrona del suolo, provvoluta di tutti gli elementi vitali, ben ordinata, dotata di un elevato senso nazionale, ripugnante per i costumi, per le idee, per la fede a qualsiasi assimilazione » ⁽¹²⁵⁾, l'Algeria si sottraeva per molti aspetti (esaltati dall'exasperato carattere militare dell'intervento francese) ai canoni che legittimavano la conquista coloniale. Né l'alto numero dei morti, né la presenza di un popolo « dotato di un elevato senso nazionale », cancella però, a dire di

⁽¹²¹⁾ BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, cit., p. XIII.

⁽¹²²⁾ Ivi, p. 311.

⁽¹²³⁾ Ivi, p. 324.

⁽¹²⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁵⁾ BRUNIALTI, *La Francia in Algeria*, cit., p. 294.

Brunialti, i vantaggi di quella colonizzazione (il Mediterraneo sgombero dai pirati, la libertà dei commerci, l'estensione dell'impero, l'accrescimento della forza militare e produttiva della Francia, l'apertura di un vasto campo al «genio coloniale»), i vantaggi complessivi di ogni colonizzazione: «il prestigio e il valore che danno a una grande nazione il coraggioso adempimento di una missione umanitaria, una serie di guerre eroicamente combattute, un popolo vinto rigenerato dai vincitori, ecco i titoli che poche conquiste possono invocare e che l'Algeria può ben opporre ai suoi detrattori» (126). L'anomalia algerina è dunque disegnata e immediatamente cancellata. Non poteva, d'altronde, essere diversamente nell'ottica di Brunialti. Come poteva infatti «un popolo di pastori e di guerrieri» sottrarsi a una soggezione predeterminata, a un destino già scritto?

«Si convinsero che la Francia è più forte, e che la loro soggezione era scritta. Forse alcuni di loro, iniziati alla civiltà europea, compresero anche che v'è una forma di dominio diversa dai loro ideali, il dominio del progresso e della civiltà, il dominio degli interessi che si sviluppano, dei bisogni che aumentano, dell'attività che consente di soddisfarli» (127).

Una volta dimostrata l'assoluta necessità dell'espansionismo coloniale, più che pretendere di individuare inconvenienti in un fenomeno destinato a realizzare provvidenziali effetti benefici per i dominanti e per i dominati, il compito della scienza politica è semplicemente quello di analizzare le caratteristiche peculiari dei diversi modelli di colonizzazione, quello di indirizzare verso la forma più conveniente di dominio coloniale, verso la migliore *arte* della colonizzazione.

7. *Senso feroce e mite sentimento: l'organizzazione della colonia.*

La forma più conveniente di dominio coloniale (il «concetto scientifico moderno» di colonia) è individuata da Brunialti seguendo i diversi «stadi storici» attraverso cui è passato il fenomeno coloniale, distinguendo la colonizzazione degli 'antichi' e quella dei

(126) Così, citando dal Bollettino della Società Geografica di Parigi del 1865, BRUNIALTI, *La Francia in Algeria*, cit., p. 204.

(127) Ivi, p. 304.

‘moderni’, per trarne fermi principi generali, certezze sui caratteri dei popoli, indicazioni sicure riguardo alla ‘evoluzione’ del modello italiano.

Il modello italiano non può essere ispirato alla grandezza del modello inglese, esaltato in quanto in grado di coniugare impero ed esportazione di libertà⁽¹²⁸⁾, si distingue da quello francese troppo accentrato, non ripete gli errori del colonialismo spagnolo e di quello portoghese. Il modello italiano si propone come autonomo e può essere autonomo perché nasce (o, meglio, secondo Brunialti, torna ad affermarsi) in una « nuova fase » del colonialismo che non è più semplice mezzo di conquista, ma strumento di espansione della civiltà:

« da mezzo di ‘conquista’ diventa mezzo di ‘difesa’, da mezzo esclusivo di ‘arricchimento del forte’, diventa mezzo di ‘pedagogia sociale’, cioè mezzo usato da un popolo superiore per inoculare la sua cultura, la sua civiltà ad un popolo inferiore... Dimodoché, perduto il suo carattere primitivo di dipendenza, oggi la “Colonia” diventa... strumento integrante di civiltà »⁽¹²⁹⁾.

Palesamente mirate a supportare il programma coloniale con un modello « autonomo » di colonizzazione italiana, le pagine di Brunialti finiscono per proporre, come quasi tutti gli scritti di propaganda coloniale⁽¹³⁰⁾, una lunga serie di stereotipi sui caratteri ‘nazionali’ della colonizzazione:

« Quanto all’ordinamento legislativo ed amministrativo delle colonie, non abbiamo molto da imparare dagli altri Stati. Non possiamo attenerci al

⁽¹²⁸⁾ La convinzione è estremamente diffusa; si cfr., a mo’ d’esempio, L. PALMA, *L’odierno regime parlamentare nelle colonie inglesi*, in « Nuova Antologia », XXXIV, fasc. 13 (1 luglio 1882), pp. 39-75. La grandezza dell’Inghilterra (« è una potenza veramente mondiale ») consiste nel farsi portatrice nel mondo di libertà e democrazia: il « potente Impero » si propone come « aggregato di liberi popoli » (pp. 53 e 54); il popolo inglese è « pel mondo padre di numerose e vigorose democrazie » (p. 75); « l’Inghilterra con quel suo liberale governo non solo provvede alla diffusione della libertà e della civiltà nel mondo, ma anche al miglior mantenimento della sua vera grandezza » (p. 75).

⁽¹²⁹⁾ Cfr. I. SANTANGELO SPOTO, *Colonia*, in *Digesto italiano*, vol. VII, parte II, Torino, 1897-1902, p. 578. L’ampia voce (pp. 573-652) riprende ripetutamente — come vedremo meglio in seguito — le posizioni di Brunialti e quelle del volume della *Biblioteca di Scienze politiche* sul diritto coloniale, in particolare riguardo agli ‘stadi storici’ del fenomeno della colonizzazione (cfr. pp. 577 e ss.)

⁽¹³⁰⁾ Cfr. F. SURDICH, *Stereotipi e propaganda coloniale nella memorialistica italiana sull’Africa (1890-1915)*, in *Colonie africane e cultura italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., pp. 127 e ss.

ridicolo formalismo spagnolo, né ispirarci all'egoismo olandese, e neppure adottare puramente e semplicemente uno dei metodi coi quali l'Inghilterra si è creata intorno un così vasto sistema coloniale » (131).

Eppure sono questi stereotipi a confermare il « concetto scientifico moderno » di colonia (« monade dello Stato, che vive, fuori dello Stato, la vita dello Stato » (132)), così come è la lunga storia della colonizzazione italiana e l'ideologica ricostruzione dei suoi diversi « stadi storici » ad essere utilizzata per individuare principi generali e indicazioni sicure riguardo al modello da adottare.

Il percorso della colonizzazione sino alla fine del XVIII secolo è tracciato seguendo soprattutto i caratteri dei conquistatori: i portoghesi « conquistarono come barbari, sfruttarono come barbari; dominarono come barbari » (133); gli spagnoli si arricchirono « con la rapina prima e lo sfruttamento poi » (134), gli olandesi produssero « tutti gli orrori del dispotismo » (135), gli inglesi produssero il modello coloniale superiore a quello di tutte le nazioni d'Europa, improntato a « spirito liberale e democratico » (136); i francesi, caratterizzati da « certi istinti che li fanno fuorviare », improntarono la colonizzazione in modo conforme alle loro « due qualità che sono assai vicine ad essere due difetti: una passione spinta per le avventure e la facilità ad assumere i costumi e le idee dei popoli primitivi » (137). Le atrocità connesse alla 'vecchia fase' del colonialismo sono lette in accordo con le caratteristiche dei popoli conquistatori, come errori entro il necessario percorso del progresso e della civiltà. Certo, « la distruzione dei popoli e delle civiltà che contraddistinsero la colonizzazione spagnola » deve essere « condannata davanti alle esigenze del diritto e davanti alle ragioni della storia » (138); ma il giudizio di condanna deve comunque essere attenuato (in considerazione dei meriti che gli spa-

(131) BRUNIALTI, *Assab. La prima colonia italiana*, cit., p. 136.

(132) SANTANGELO SPOTO, *Colonia*, cit., p. 575.

(133) Ivi, p. 589.

(134) Ivi, p. 590.

(135) Ivi, p. 593.

(136) Ivi, pp. 595 e ss.

(137) Così (citando Leroy Beaulieu tradotto nella *Biblioteca di scienze politiche*) in ivi, p. 598.

(138) BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, cit., p. 109 (si riprende un giudizio di Catellani).

gnoli ebbero nell'educare alla loro lingua, alle loro leggi, ai loro costumi commerciali e alla loro civiltà gli indigeni che « erano stati risparmiati » dalla furia dei *conquistadores*) e soprattutto circoscritto a un passato oramai lontano, evitando qualsiasi possibile assimilazione tra la 'vecchia' e la 'nuova' fase della colonizzazione. A segnare la distanza tra il presente e il passato c'è soprattutto il fatto

« che la Spagna non si è sostituita in America a genti selvagge, come in Africa, ma a popolazioni costituite a Stati, che possedevano già un'antica e robusta civiltà ed avevano segnato orme incancellabili della storia del mondo. Che si direbbe oggi di una potenza europea che distruggesse completamente e cancellasse quasi fin la memoria della civiltà birmana, della cambogiana, della cinese, della stessa coreana? » ⁽¹³⁹⁾.

La distanza dallo spirito di conquista degli antichi colonizzatori mostra nel presente una colonizzazione 'liberale', rispettosa della memoria e semplicemente intenta ad espandere la civiltà. Nella voce "Colonia" del *Digesto italiano* si individuano in modo scolastico ma efficace le caratteristiche portanti della « fase nuova o di rinnovamento del sistema coloniale » e la sua distanza rispetto agli « errori » della 'vecchia fase', riprendendo puntualmente le pagine di Brunialti e del volume della *Biblioteca di Scienze Politiche* sul colonialismo. La gara del XIX secolo tra le « le vecchie nazioni colonizzatrici e le nuove sopravvenute » diviene più concreta, più cruenta, resta però ancora operante sullo sfondo lo « splendido sogno di operosità internazionale a beneficio della civiltà, del cristianesimo e della scienza »; quel sogno antico ora può essere depurato dagli errori e fondato su basi nuove ⁽¹⁴⁰⁾:

« La colonizzazione ha assunto un ufficio nuovo: non è più azione di popolo armato, che disordinatamente prevale con la forza, sul diritto dei deboli; non è più azione di popolo che per sete di ricchezza diviene predone compiendo una funzione di interesse privato [...]; non è più azione economicamente e giuridicamente disordinata [...]. Oggi la colonizzazione è azione metodica di un popolo politicamente ordinato, sopra un altro disgregato, socialmente o politicamente avvinto a regimi difettosi: non ha più per subbietto attivo il privato ma lo Stato stesso. La funzione sua [...] politica con prevalenza di altruismo. Per qualificarsi come funzione di intervento dei popoli civili, costituiti politicamente a nazioni o Stati, nella

⁽¹³⁹⁾ Ivi, p. 110.

⁽¹⁴⁰⁾ SANTANGELO SPOTO, *Colonia*, cit., p. 602, che riprende completamente sul punto le pagine di Brunialti.

vita dei popoli barbari, caratterizzando come tali quelli dediti a guerre continue e fratricide e a costumi feroci, quelli che vivono riuniti in tribù selvagge, e quelli che conoscono così poco le arti, ed hanno così poco sviluppata l'abitudine del lavoro e della invenzione da non saper trarre alcun giovamento economico dal suolo dalle ricchezze naturali, e perciò vivono miseri, nomadi e sparsi in piccoli gruppi, su territori enormi, che potrebbero nutrire comodamente popoli numerosi » (141).

Il nuovo sistema coloniale non può dunque che essere « liberale »: non considera la colonia come proprietà ma come « parte dello Stato » (142), si fonda sull'educazione politica, « pasce i coloni con cibo liberale », li controlla con « la forza educatrice dell'esempio » (143).

Altrettanto rozza è l'utilizzazione della storia nel momento in cui si tracciano le vicende delle « colonie degli italiani ». La storia coloniale degli italiani muove da Roma, passa per le colonie di Amalfi, Venezia, Genova, Pisa, esalta gli apporti degli « italiani nel secolo delle scoperte », segue con disincanto « lo sviluppo coloniale degli altri popoli durante la decadenza degli italiani » (144), per tornare poi a proporre un glorioso riscatto di quella decadenza nel presente, nel momento in cui un'Italia unita, divenuta grande potenza, è obbligata a realizzare un disegno di espansionismo coloniale anche in virtù delle « memorie delle nostre passate glorie coloniali » (145): « se a Parigi sognano il Mediterraneo lago francese, se l'Egeo deve diventare austriaco, non è poi utopia il pensare che l'Adriatico, che fu già veneziano, diventi lago italiano » (146).

Gli « ammaestramenti » della storia, le indagini comparate della scienza politica e l'« arte » della colonizzazione conducono a conclusioni « scientifiche » riguardo alle caratteristiche del modello coloniale italiano ispirate ad un piatto e realistico buon senso. Nel 1882, quando ancora l'obiettivo prevalente è quello di accrescere

(141) Ivi, p. 636.

(142) Ivi, p. 620: « La Colonia del nuovo sistema non è considerata come una 'proprietà', come campo d'impiego delle 'energie' e del 'capitale' dello Stato. È una parte dello Stato; i coloni sono cittadini a cui devono essere riconosciute libertà politiche e civili non identiche a quelle riconosciute ai metropolitani, nella metropoli, ma a quelli che il grado di civiltà della colonia può tollerare ».

(143) *Ibidem*.

(144) BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, cit., pp. 18 e ss. e pp. 95 e ss.

(145) Ivi, p. 229.

(146) Ivi, p. 400.

all'estero la fortuna dell'Italia, quello di aprire nuovi mercati « senza ambizioni di occupazioni o di predomini politici »⁽¹⁴⁷⁾, il modello italiano è chiamato a distinguersi per la sua semplicità; la semplicità che si impone nei rapporti con 'i selvaggi'. La certezza del traffico commerciale si coniuga con la ferma tutela dell'ordine pubblico, con assenza di vincoli amministrativi (occorre « una certa larghezza politica ed amministrativa, ed una vigorosa tutela dell'ordine, della buona fede e della sicurezza dei commerci »⁽¹⁴⁸⁾), con la necessaria assenza di garanzie costituzionali (« sarebbe assurdo mantenervi le forme parlamentari, né distinti poteri, od alcuno di quei meccanismi che ne formano il nostro vanto »⁽¹⁴⁹⁾), con una giustizia « semplice », « equa », « rigorosa »⁽¹⁵⁰⁾. In sintonia con la relazione che accompagna lo schema di legge con i provvedimenti per Assab, l'affermazione della « necessità di cotesto governo assoluto nella colonia » è sostenuta da richiami alla « missione di civiltà e di pace » e alla « causa generale dell'umanità »⁽¹⁵¹⁾. « Il

⁽¹⁴⁷⁾ BRUNIALTI, *Assab. La prima colonia italiana*, cit., p. 130.

⁽¹⁴⁸⁾ Ivi, p. 136.

⁽¹⁴⁹⁾ Ivi, p. 137.

⁽¹⁵⁰⁾ « Il primo bisogno di ogni paese, che esca appena dallo stato selvaggio, è la giustizia; una giustizia semplice, informata piuttosto ad una larga equità, che alla legalità rigorosa, con una procedura economica, senza molteplici gradi di giurisdizione, senza distinzioni di competenze, con una pronta e rigorosa esecuzione ». Gli arabi (che fanno il commercio verso l'interno) « saranno ben contenti di vedere amministrata la giustizia con le loro leggi »; « questa larghezza è appieno conforme al precetto positivo del nostro diritto civile, il quale ha oramai sancito più solennemente di altri Codici il principio della personalità delle leggi. D'altronde, la legislazione musulmana è la più opportuna per le genti africane, non solo perché consueta, ma per le forme spiccie, per le semplici norme civili e commerciali, per la sua utilità pratica. Gli Inglesi lo hanno riconosciuto nell'India e fecero raccogliere a forma di digesto i testi più autorevoli di questa giurisprudenza, che applicano con grande vantaggio. Insomma non bisogna lasciarsi invadere sin da principio dal furore delle leggi e dei regolamenti che ucciderebbero subito il nostro piccolo possedimento » (BRUNIALTI, *Assab. La prima colonia italiana*, cit., p. 138).

⁽¹⁵¹⁾ Brunialti è inizialmente in completa sintonia con la Relazione al progetto di Legge per Assab [il 10 marzo 1882 il governo italiano aveva rilevato dalla Compagnia "Rubattino" lo stabilimento di Assab; nel giugno del 1882 Mancini aveva presentato alla Camera un 'libro verde' sulla vicenda di Assab e uno schema di legge dal titolo "Provvedimenti per Assab" che fu discusso alla Camera il 26 giugno 1882] e ne riporta ampi stralci riguardo alla « missione di civiltà e di pace », di « giovamento alla causa generale dell'umanità » da realizzare senza « generalità legislative », senza « preconcetti giuridici »,

buon governo » — chiosa Brunialti — si stabilirà nella colonia non grazie alle « garanzie della scienza politica », ma grazie allo sviluppo libero delle relazioni commerciali, grazie alle imprese degli esploratori ⁽¹⁵²⁾.

Negli anni successivi le indicazioni 'scientifiche' riguardo al modello italiano di governo coloniale appaiono influenzate soprattutto dall'impatto delle vicende militari. Dopo Dogali si chiede di risolvere la questione del governo africano non con inchieste e trattati, ma solo con l'uso della forza, con la « vendetta » e « una diplomazia speciale, astuta, ricca di mezzi, sciolta di tutti gli impedimenti, che sono norma necessaria in Europa e negli altri Stati civili » ⁽¹⁵³⁾. Dopo Adua le certezze diminuiscono e si propone senza alterare la tenuta complessiva del programma coloniale una rilettura delle necessità proprie del governo della colonia. Non si deve solo dominare ma si deve persuadere, si devono trasformare gli animi, educandoli progressivamente alla civiltà. Gli errori non sono stati solo militari e politici, ma anche di organizzazione amministrativa, di assenza di esempio, di mancanza di realismo. Prima di Adua non aveva giovato alla buona organizzazione della colonia il « fasto inutile e dispendioso » promosso dal regio decreto del 1° gennaio 1890 (« decreto che sembrava destinato ad un vasto e glorioso impero, e che a null'altro valse se non a preparare prima e solleticare poi le vane ambizioni di qualche generale, assolutamente inadatto all'Amministrazione della Colonia! » ⁽¹⁵⁴⁾); ma anche dopo Adua le disposizioni del regio decreto del 10 febbraio 1900 sono da criticare per il loro « rigore eccessivo », compatibile con un regime militare ma non adeguato alla vita normale della colonia ⁽¹⁵⁵⁾. Il destino dei popoli selvaggi resta immutato; il trionfo della civiltà passa ora però soprattutto attraverso la via dell'edu-

ma con lo studio paziente ed accurato dell'esperienza, delle consuetudini, delle credenze della popolazione « che non siano inconciliabili con la morale universale e con la piena e severa custodia dell'ordine pubblico. Non dominatori, non tutori, non innovatori, ma amici e aiutatori » (BRUNIALTI, *Assab. La prima colonia italiana*, cit., pp. 138 e ss.).

⁽¹⁵²⁾ Ivi, p. 139.

⁽¹⁵³⁾ BROWN [BRUNIALTI], *Gli Italiani in Africa*, cit., p. 729.

⁽¹⁵⁴⁾ BRUNIALTI, *Colonia Eritrea*, in *Digesto Italiano*, VII, parte II, Torino, 1897-1902, p. 662.

⁽¹⁵⁵⁾ Ivi, p. 668 e 669.

cazione: « [...] i popoli dell’Africa sono fieri delle loro tradizioni, e delle loro libertà, e si adatteranno a subire i benefici della civiltà, quando questa sia loro portata con modi persuasivi e conciliativi, e non si voglia imporla con la forza » (156). Il governo della colonia esige conseguentemente flessibilità e non solo « energia dei provvedimenti »; esige « un savio criterio giuridico naturale, che faccia badare più all’equità, che alle norme dettate molto confusamente dal [...] decreto ed a quelle riferentesi alla nostra legge positiva » (157). Un buon governo della colonia si ottiene con l’esempio (presentando gli italiani « davvero come elementi di civiltà, non come invasori » (158)), con l’educazione dei popoli dominati, con un graduale intervento sull’« animo » delle popolazioni per sostituire il « senso feroce » con il « mite sentimento », per fare comprendere loro pacificamente che la loro predestinazione alla civiltà più che una condanna è una scelta:

« Uno dei mezzi più pacifici, anzi il migliore, per rendere favorevoli alla civiltà le popolazioni indigene, è certo l’istruzione pubblica. Quando esse avranno imparato la nostra lingua e con questa la nostre istituzioni civili, quando, orgogliosi di saper leggere e scrivere, gli indigeni conserveranno il naturale affetto che lega lo scolaro al maestro, e nella scuola avranno abbandonato le loro vecchie superstizioni, e saranno educati ai principi del giusto e del vero, allora, nel loro animo, *il senso feroce sarà vinto da mite sentimento* verso tutti e da vero sentimento di affetto per gli abitanti del proprio paese; allora solo l’Italia potrà sperare una fedele devozione ed un’affezione sincera, e gli indigeni benediranno agli italiani, come a loro benefattori » (159).

8. *Emigrazione e conquista: una nuova Italia nella regione platense.*

Una componente importante del discorso colonialista di Brunialti è data dalla richiesta di un sostegno per l’emigrazione italiana nel continente americano, nella regione del Plata; un tema a cui, soprattutto grazie allo stesso Brunialti, dedica progressivamente una sempre più ampia attenzione anche la Società geografica italiana (160). Il riferimento a una colonizzazione ‘non violenta’, realizzata attraverso lo

(156) Ivi, p. 671.

(157) Ivi, p. 672.

(158) Ivi, p. 677.

(159) Ivi, p. 682 (corsivo mio).

(160) Cfr. F. SURDICH, *Le società geografiche e coloniali*, in *Fonti e problemi della*

strumento pacifico dell'emigrazione è collocato dal giurista vicentino ben all'interno del suo programma di espansione coloniale. La *necessità* posta in primo piano in questo caso è quella dell'emigrazione come dato naturale, scaturente dal desiderio di un riscatto dalla povertà; una volta immesso però nella retorica del discorso coloniale questo dato di partenza muta e può anch'esso essere giocato in direzione di espansione dello Stato ed essere interpretato come ulteriore segno di una predestinazione geografica della nazione.

L'emigrazione è presentata come un fenomeno naturale inarrestabile. La « marcia in avanti verso il meglio, la mossa più sicura dei nullatenenti e dei servi della gleba verso destini più equi »⁽¹⁶¹⁾ non può essere ostacolata o impedita dallo Stato: « nessuna legge potrebbe riuscirvi, come nessuna opera umana potrebbe arrestare il corso d'un fiume o l'impeto d'un uragano »⁽¹⁶²⁾. Quello che però lo Stato può ed, anzi, deve fare è trasformare l'emigrazione disordinata in un'emigrazione ordinata, è volgere la forza dell'uragano a proprio vantaggio. Trasformata in fenomeno di massa orientato, organizzato, tutelato e diretto dallo Stato, l'emigrazione non si pone più come sconfitta dello Stato, come segno della sua debolezza, ma al contrario diviene strumento di vitalità della società civile utile allo Stato perché fornisce un sostegno 'di massa' ad un'espansione oltre i confini europei. Come fenomeno da sempre collegato alla 'legge del progresso' e al 'perfezionamento della specie umana', l'emigrazione fornisce così un'ulteriore prova 'naturale' della necessità di attuare un programma di « conquista », di « conquista civile » da affermare in Sud America aggirando le barriere formali della dottrina Monroe⁽¹⁶³⁾.

politica coloniale italiana (Atti del Convegno. Taormina. Messina, 23-29 ottobre 1989), Roma, Min. per i beni culturali ed ambientali, 1996, I, pp. 477 e ss.

⁽¹⁶¹⁾ BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, cit., p. 251 (l'affermazione è ripresa da Bodio).

⁽¹⁶²⁾ *Ibidem*. Brunialti riporta un lungo passo della Relazione sul disegno di legge sull'emigrazione presentato da Francesco Crispi alla Camera il 15 dicembre 1887 [Relazione De Zerbi; Leg. XVI, sess. II, Doc. n. 85 A] in cui si insiste proprio sull'impossibilità e l'inutilità di impedire l'emigrazione « fenomeno storico, naturale, normale, perpetuo dell'umanità [...] legge provvidenziale di circolazione umana, alla quale il mondo deve la sua civiltà ». Per impedire l'emigrazione occorrerebbe, d'altronde, « circondare l'Italia di gendarmi ».

⁽¹⁶³⁾ Cfr. BRUNIALTI, *L'emigrazione e la colonizzazione degli italiani e l'avvenire della regione platense. Conferenza tenuta alla società geografica il 6 gennaio 1882*, cit., in par-

Le scelte da compiere sono semplici (occorre « concentrare, senza alcuna violenza, per magistero di istruzione, di consigli, di accordi, il maggior nerbo della nostra numerosissima emigrazione italiana nella regione platense » ⁽¹⁶⁴⁾); inevitabilmente alti sono però i benefici attesi. La vastità del territorio, quattro milioni di chilometri quadrati compresi tra Argentina, Uruguay e Brasile, la « giovanile malleabilità » della popolazione ⁽¹⁶⁵⁾, la storica presenza di italiani ⁽¹⁶⁶⁾ favoriranno la nascita di un'entità non assimilabile in senso stretto ad una colonia, ma sicuramente da ascrivere alla 'nuova fase' della colonizzazione. Indirizzare l'emigrazione italiana al Plata significa, dunque, « formare pacificamente » una « *Nuova Italia* » ⁽¹⁶⁷⁾ e dare un progetto alla miriade di scelte individuali volte a disperdere 'la razza' italiana:

« Se già adesso la nostra influenza al Plata è di tanto maggiore del numero, neppure sarà necessario che noi formiamo proprio la maggioranza

ticolare pp. 8 e ss. (dell'estratto). La questione di un'espansione italiana nella regione del Plata era già stata posta da Cristoforo Negri (com'è noto, fondatore e primo presidente della Società Geografica Italiana dal 1867 al 1872) in un articolo sul « Corriere mercantile » di Genova del 29 settembre del 1863, *Emigrazione italiana al Plata*, in cui « il Plata » era presentato come « la nostra Australia ». La questione, in conformità al carattere di Negri, è posta in modo più pacato rispetto ai toni trionfalistici utilizzati poi da Brunialti nei suoi scritti sul « Giornale delle colonie » a partire dal 1873 e nei suoi scritti successivi. Si cfr. ampiamente sulla questione (anche se con alcune imprecisioni riguardo al programma colonialista di Brunialti), G. DORE, *La democrazia italiana e l'emigrazione in America*, Brescia, Morcelliana, 1964, pp. 128 e ss. e, in particolare, pp. 137 e ss.; riguardo al ruolo di Cristoforo Negri nella Società Geografica italiana e alle sue diverse (più moderate) posizioni rispetto a quelle di Correnti (e di Brunialti) cfr. CARAZZI, *La Società Geografica italiana e l'esplorazione coloniale dell'Africa*, cit., pp. 14 e ss.

⁽¹⁶⁴⁾ BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, cit., p. 262.

⁽¹⁶⁵⁾ Ivi, p. 269.

⁽¹⁶⁶⁾ Dal 1876 al 1884: più di 125.000 italiani nel bacino del Plata (più della metà di tutti gli immigrati nella zona). Brunialti si rifà ampiamente a uno studio di B. CITTADINI (*Gli italiani al Plata*, Torino, 1885) e allo studio più noto e risalente di L. CARPI, *Dell'emigrazione italiana all'estero nei suoi rapporti coll'agricoltura, coll'industria e col commercio*, Firenze, Civelli, 1871 (ove si veda in particolare alle pp. 102 e ss.: « Delle conseguenze attive o utili dell'emigrazione italiana all'estero »), poi pubblicato in versione ampliata (Milano, Lombarda, 1874) col titolo *Delle colonie e dell'emigrazione d'italiani all'estero sotto l'aspetto dell'industria, commercio, agricoltura e con trattazione d'importanti questioni sociali*. In generale sul tema è qui sufficiente cfr. DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale*, cit., pp. 53 e ss.

⁽¹⁶⁷⁾ BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale*, cit., p. 285.

della popolazione europea per determinare tali trasformazioni sociali, etnografiche, civili, da conseguire uno di quei prodotti di cui è piena la storia, per creare, mi si permetta di dire intero il mio pensiero, una Nuova Italia. Tra i vincitori e i vinti, tra i figli dei conquistatori e gli indigeni, in mezzo alle tre razze che si urtano, si incontrano [...] noi potremmo [...] dare sangue, nervi, fisionomia ed il nome di famiglia ad una razza più intelligente e robusta, che potrà dirsi italiana almeno quanto gli abitanti degli Stati Uniti si chiamano inglesi » (168).

Il mito di una un'*Italia Nuova*, di un'*Italia Grande* realizzabile in modo semplice e quasi spontaneo grazie al sostegno di una forza naturale irrefrenabile pone una conquista 'mite' accanto a quella che 'è costretta' alla violenza. Entrambe si presentano come affermazione della *potenza geografica* della nazione, entrambe partecipano a una *missione provvidenziale* di civiltà.

9. *Scienza politica, scienza giuridica e sogno coloniale.*

« Per anni ed anni nulla si è fatto e ci crebbe sotto gli occhi l'impero coloniale delle altre genti moderne. Tutte le colonie tedesche, parecchie di quelle occupate dalla Francia e dall'Inghilterra potevano esser nostre. Sulle rive del Plata potrebbero ora essere uniti agli italiani che già vi sono e vi esercitano tante influenze, molti di quelli sparsi nel Brasile, nell'America settentrionale e centrale » (169).

Dopo la sconfitta di Adua il disincanto accresce il rimpianto. L'insuccesso non elimina le ragioni del programma coloniale scientifico che si presenta ora come tradito, trascurato, ignorato; mentre le responsabilità della disfatta appaiono chiare. La responsabilità è dei politici ignoranti di geografia (« uomini che confondevano la latitudine con la longitudine, leggevano le carte a rovescio, parlavano degli Abissini come di 'quattro predoni' [...] avevano del Sahara l'idea appresa nelle versioni di Tucidide e di Sallustio » (170)), dei militari attratti soltanto dagli avanzamenti di carriera (« in luogo della politica pacifica, commerciale, difensiva, siamo stati così trascinati a fare della politica aggressiva » (171)), è di quanti anteposero i loro pregiudizi a

(168) Ivi, pp. 283 e 284.

(169) REGULUS [BRUNIALTI], *La politica coloniale italiana dopo la pace*, in « La rassegna nazionale », XCIII, fasc. 2 (16 gennaio 1897), p. 387.

(170) Ivi, p. 388.

(171) Ivi, p. 390.

un reale desiderio di conoscenza (« è semplicemente meraviglioso come noi non ci siamo mai dati la pena di conoscere esattamente l'Abissinia, i suoi popoli, e gli altri coi quali da dieci anni ci troviamo in contatto »⁽¹⁷²⁾); la responsabilità sta, in fondo, nel fatto di non esser stati *buoni cristiani*:

« S'aggiunga, via mettamoci la mano sulla coscienza, da buoni cristiani, che con quella povera gente non abbiamo mai avuto un po' di sincerità [...]. Fu per anni un giuoco d'astuzia che raggiunse il colmo col trattato di Ucciali, una vera mistificazione. Sennonché, nel fondo delle astuzie nostre, c'era l'idea di dominare ad ogni costo un paese ed un popolo; nel fondo delle astuzie abissine c'era il proposito di conservare ad ogni costo la propria indipendenza, la propria integra sommità »⁽¹⁷³⁾.

In quest'ottica si possono richiamare perfino le pagine di Ghisleri per affermare che la necessaria espansione di civiltà deve essere informata al senso di « rispetto delle individualità etnografiche e dei diritti dell'uomo, che è proprio della civiltà nostra »⁽¹⁷⁴⁾; ma il programma non può che restare in piedi, perché indiscutibili appaiono le sue ragioni di fondo e irreversibile appare la predestinazione dell'Italia: « La Tripolitania deve essere italiana ad ogni costo »; occorre formare « l'Italia platense », « formare laggiù una Nuova Italia; una vera repubblica italiana »⁽¹⁷⁵⁾. L'affermazione retorica del momento si sovrappone oramai alle certezze di un discorso coloniale divenuto una « scienza » che, come tutte le scienze, perfeziona le sue verità grazie ad inevitabili 'errori pratici'.

Il discorso coloniale riproduce fedelmente quanto Brunialti affermava riguardo alla politica chiamata a divenire « vera scienza » (« la politica non può diventare scienza, se non [...] cessando di affidare il benessere di un popolo a delle formule astratte, a delle aspirazioni vaporose e bugiarde »⁽¹⁷⁶⁾), riguardo alla « vera democrazia » e alla « vera libertà » (« la falsa democrazia non tiene conto del temperamento fisico, dei bisogni del corpo, degli istinti animali,

⁽¹⁷²⁾ Ivi, p. 391.

⁽¹⁷³⁾ Ivi, pp. 391 e 392.

⁽¹⁷⁴⁾ Ivi, p. 397.

⁽¹⁷⁵⁾ Ivi, pp. 399 e 401.

⁽¹⁷⁶⁾ BRUNIALTI, *Libertà e democrazia. Studi sulla rappresentanza proporzionale delle minoranze*, cit., p. 60, contro i teorici che richiamano gli « imprescrittibili diritti naturali dell'uomo ».

dei pregiudizi ereditari [...] » (177)), riguardo alla costante necessità di affermare un metodo sperimentale capace di mediare, in maniera conforme al « genio italiano », « astratta speculazione » e « osservazione dei fatti », di « comparare fra di loro l'ideale e il reale » (178). La scienza politica — continua a ripetere Brunialti — si afferma come 'vera scienza' « nella misura in cui i metodi di osservazione scientifica ci fanno conoscere con precisione fatti sino ad ora mal constatati o non abbastanza precisi » (179). La forza dei fatti nel momento in cui è affermata come determinante è, però, smentita dal rinvio ad altri elementi che non possono essere ignorati. Fede, morale, leggi storiche, autorità, tradizioni, costituiscono, ad esempio, il vero cemento della democrazia, rappresentano per Brunialti l'argine contro l'anarchia, contro la « rivoluzione permanente », contro lo stesso 'fatto' dell'immutabilità della natura umana (« l'uomo abbandonato ai propri istinti è un animale carnivoro, che comincia col mangiare il proprio simile allo stato selvaggio, e finisce col concepire nel maggior fiore della civiltà, il delirio della distruzione, dell'annichilimento universale » (180)).

La mediazione sperimentale tra astrazione e osservazione, tra idee grandi e nobili e osservazione dei fatti, tra metodo sperimentale e società ideale, consente di volta in volta a Brunialti di proporre le sue certezze sia per contrastare 'grandi ideali' proposti dai sognatori (181), sia per proporre sogni capaci di resistere a qualsiasi disfatta proposta dai fatti. La scienza politica come sicura guida per il politico trasforma possibilità in necessità, pre-giudizi in indiscutibili dati scientifici, la storia in disegni metastorici, limitandosi per lo più — come accade nel caso del progetto coloniale —

(177) BRUNIALTI, *La democrazia*, cit., p. 117.

(178) BRUNIALTI, *Le scienze politiche nello Stato moderno*, cit., p. 54.

(179) BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, cit., vol. I, pp. 38 e 39.

(180) BRUNIALTI, *La democrazia*, cit., p. 117. La natura umana è, d'altronde, presentata con i caratteri dell'immutabilità: « [...] non vi è legge, non sistema filosofico, non violenza che possa distruggere ciò che è nella natura dell'uomo » (BRUNIALTI, *Il lusso e la forma di governo*, in *Le moderne evoluzioni del governo costituzionale*, cit., p. 159).

(181) « Un'altra tendenza mi pare deplorabile nella democrazia, e tale da falsarla, dove non venga arrestata in tempo, ed è il cosmopolitismo [...]; l'amore dell'umanità è nobile e grande ma a condizione che non traligni e non assorba il sentimento della patria » (BRUNIALTI, *La democrazia*, cit., p. 141).

a mutare il sogno di potenza presente nel *programma vagheggiato* in una *predestinazione*.

Se il destino è semplicemente il nome che diamo alle cose una volta che sono accadute, quello del contributo di Brunialti al progetto coloniale è reso manifesto dalla scarna fortuna della sua opera nelle scienze giuridiche. I costruttori del diritto coloniale italiano trattarono le pagine di Brunialti con malcelata sufficienza. Gli apologetici riferimenti alla storia, le troppe divagazioni politiche, gli entusiasmi partigiani, le ricostruzioni tecniche vaghe, le certezze geografiche poste perentoriamente in primo piano, mal si addicevano a una scienza giuridica volta a configurare anche per il diritto coloniale principi astratti, puri, quasi immuni da contatti con la politica e quasi dimentichi della loro incidenza sulla concreta vita dei popoli⁽¹⁸²⁾. L'eclettico Brunialti non meritava, dunque, di essere menzionato. Il silenzio sul suo contributo forse segnala però una vittoria del programma dei primi fautori del colonialismo italiano: i pre-giudizi erano divenuti ovvietà, non meritavano più primi piani 'scientifici' perché erano stabilmente sullo sfondo, come un sicuro paesaggio di riferimento senza il quale anche i dati tecnici della scienza giuridica coloniale non avrebbero avuto senso.

⁽¹⁸²⁾ Si può confrontare in tal senso il noto corso di diritto coloniale di Santi Romano (*Corso di diritto coloniale impartito nel R. istituto di Scienze sociali C. Alfieri di Firenze. Appunti raccolti da Domenico Biscotti*, I, Roma, Athenaeum, 1918) che, diciamo così, traduce la predestinazione geografica dei popoli in sicuri assunti dogmatici. Il diritto coloniale, ad esempio, non è lontano dalla concezione storica dello Stato patrimoniale: « lo Stato patrimoniale era infatti concepito, almeno in un certo senso e secondo un'opinione diffusa, come l'oggetto di un diritto del sovrano: così pure la colonia si concepisce come un diritto di natura patrimoniale della metropoli » (ivi, p. 123). Non deve esistere alcuna 'fusione' tra il territorio della metropoli (il territorio dello Stato) e il territorio delle 'appendici' coloniali: « il territorio della metropoli non ha la medesima posizione giuridica del territorio coloniale » (ivi, p. 123); così come occorre affermare una distinzione netta tra cittadini e sudditi coloniali: « quella distinzione diventa quasi indispensabile ogni qual volta gli indigeni siano di razza diversa dagli abitanti della metropoli. E certamente gli Stati che hanno trascurato di trasporla nel loro diritto positivo hanno dovuto poi pentirsi di un amalgama così poco opportuno » (ivi, p. 125).

PIETRO COSTA

IL FARDELLO DELLA CIVILIZZAZIONE.
METAMORFOSI DELLA SOVRANITÀ
NELLA GIUSCOLONIALISTICA ITALIANA

1. Cenni introduttivi. — 2. I 'civili' e i 'selvaggi'. — 3. La sovranità coloniale fra 'norma' ed 'eccezione'. — 4. Il governo dei sudditi e il 'sistema delle differenze'. — 5. Impero e 'grande spazio': i miti geopolitici del fascismo. — 6. Cenni conclusivi

1. *Cenni introduttivi.*

Il processo di espansione coloniale che impegna per molti decenni il giovane Stato italiano non lascia indifferenti i giuristi. Se negli anni successivi alla Conferenza di Berlino (e al decollo dell'avventura coloniale italiana) sono soprattutto i cultori del diritto internazionale (come è comprensibile) a interessarsi di problematiche 'coloniali', ben presto giuristi di diverse appartenenze disciplinari mostrano una crescente attenzione alle sorti della colonizzazione.

La guerra di Libia costituisce da questo punto di vista l'evento determinante, capace di catalizzare gli entusiasmi di un ceto giuridico-accademico che nella sua grande maggioranza si dimostra incline a vedere nella guerra coloniale non solo un'occasione economicamente favorevole, non solo uno strumento di affermazione politico-militare dell'Italia nell'arena internazionale, ma anche lo stimolo per una rifondazione etica e una nuova legittimazione dello Stato ⁽¹⁾.

Non è casuale che la stessa letteratura giuridico-coloniale, nel presentare un abbozzo della propria storia, tenda a indicare proprio

⁽¹⁾ Cfr. l'importante contributo di G. CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, Milano, Giuffrè, 1984.

nella guerra di Libia una sua rilevante scansione interna ⁽²⁾, identificando l'ultima e decisiva 'svolta' con l'inizio dell'era fascista. Certo, si tratta di periodizzazioni che devono essere accolte con beneficio di inventario e collocate sullo sfondo di un racconto 'auto-legittimante', interessato a mostrare le sorti gloriose e ascendenti della giovane disciplina. Resta comunque indubbio il rilevante sviluppo della colonialistica giuridica italiana. Non è ovviamente solo il sapere giuridico ad accorgersi del fenomeno della colonizzazione. Rispetto ad altri saperi che hanno svolto un ruolo pionieristico nel richiamare l'attenzione dell'opinione pubblica sulle terre d'oltremare — si pensi in primo luogo alla geografia — gli studi giuridico-coloniali italiani, per un verso, si muovono al rimorchio di altre discipline, mentre, per un altro verso, subiscono l'influenza della dottrina giuridica transalpina, soprattutto francese.

Pur con questi limiti, comunque, anche il sapere giuridico dà il suo contributo alla formazione di una 'coscienza coloniale italiana': si fondano riviste, si assegnano cattedre universitarie, si sviluppa di conseguenza una manualistica *ad hoc*, si moltiplicano i saggi e le monografie ⁽³⁾. Il 'diritto coloniale' diviene una disciplina giuridica fra le tante, acquista una sua precisa visibilità, pur senza aspirare a un ruolo da protagonista. Non è peraltro sorprendente che la nuova disciplina acquisti col tempo una crescente legittimità. Non siamo di fronte a uno dei tanti miracoli accademici di moltiplicazione interessata di cattedre e di insegnamenti (o almeno il fenomeno non è da ricondursi interamente ad una logica 'endouniversitaria' di tale natura). La colonizzazione costringeva effettivamente a misurarsi con problemi giuridici di grande rilievo: si trattava di costruire e far funzionare, in un contesto socio-culturale profondamente diverso da quello della madrepatria (e spesso mal conosciuto), una complessa organizzazione di dominio e il giurista (come giudice, come funzionario, come esperto delle istituzioni e dei sistemi normativi) non poteva non svolgere un ruolo importante.

⁽²⁾ U. BORSI, *Corso di diritto coloniale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1932, p. 12.

⁽³⁾ Sulla colonialistica giuridica italiana cfr. M.L. SAGÙ, *Alle origini della scienza del diritto coloniale in Italia*, in « Clio », XXIV, 1988, 4, pp. 557-93; C. GHISALBERTI, *Per una storia delle istituzioni coloniali italiane*, in « Clio », XXVI, 1990, 1, pp. 49-78.

Sono dunque comprensibili la formazione e l'affermazione di un sapere giuridico coloniale in un'Italia che, dopo i primi, timidi esperimenti di colonizzazione tardo-ottocenteschi, aveva imboccato con la guerra di Libia una strada che il fascismo vorrà percorrere fino ai trionfi finali. È semmai singolare una caratteristica, apparentemente opposta ma complementare, del sapere giuridico-coloniale italiano: la sua posizione 'appartata' nell'accademia giuridica; il suo essere collocato in una stanza dignitosa e spaziosa del palazzo, ma lontana dal piano nobile, dal quale resta sostanzialmente separata. Una siffatta collocazione del diritto coloniale trova anche una sua giustificazione o sublimazione teorica: il suo carattere di diritto 'speciale' (altri diranno 'eccezionale' (4)). Se volessimo usare un'altra (e meno 'tecnica') espressione, potremmo dire: il diritto coloniale ha a che fare con un 'fuori' che si vuol tenere nettamente distinto dal 'dentro'. Fino a che punto però il 'fuori' e il 'dentro' restano spazi perfettamente delimitati, privi di interferenze e di prestiti scambievoli?

La cultura giuridica dell'epoca tende a presentare il rapporto fra la metropoli e la colonia come una sorta di movimento unidirezionale, dal centro alla periferia; ed è vero in effetti che è il primo a fornire alla seconda i riferimenti normativi e istituzionali non meno degli schemi concettuali necessari a fronteggiare le emergenze caratteristiche delle zone 'esterne'. Dobbiamo però prendere interamente per buona una siffatta 'auto-rappresentazione' del diritto coloniale in Italia? La mia impressione è che essa possa essere, se non ribaltata, almeno corretta. In termini generali, infatti, se è vero che, per la dottrina dell'epoca, il diritto coloniale è un diritto 'speciale', ciò non impedisce che le maglie della distinzione qua e là si allentino e che il 'fuori' finisca per produrre qualche 'effetto di retroazione' sul 'dentro'. In particolare, poi, il regime dei rapporti fra il 'dentro' e il 'fuori' cambia nel corso del tempo e si può avanzare l'ipotesi che la distanza fra le due sfere, più marcata nel periodo liberale, tenda a ridursi con il fascismo, e in specie con l'ultimo fascismo.

È un'ipotesi che dovrebbe essere verificata lavorando sull'intero

(4) Cfr. A. MACCHIA, *Contributo alla teoria delle fonti del diritto coloniale*, Reggio Emilia, Stabilimento Tipografico F.lli Rossi, 1941, pp. 5 ss.

arco dei problemi messi a fuoco dal sapere giuridico-coloniale dell'epoca. L'ambito di verifica prescelto è invece limitato a *un* problema, anche se (come spero di mostrare) non sprovvisto di una sua 'strategica' importanza: il problema della sovranità. Tenterò di guardare al problema della sovranità, per così dire, dalla porta di servizio del diritto coloniale. In questa prospettiva si impone una domanda: in che modo la colonizzazione venga assunta come uno dei fini qualificanti dello Stato e incida sulla tradizionale visione della sovranità. L'obiettivo non è rivisitare i luoghi classici della 'teoria della sovranità', ma coglierne le inflessioni e le trasformazioni sollecitate dalla congiuntura coloniale. Assume allora un'importanza determinante l'esercizio effettivo del potere eminente dello Stato. Come governare i sudditi nello 'stato di eccezione' della realtà coloniale; come collocare il potere dello Stato in un contesto caratterizzato da una scissione che si vuole radicale e incolmabile (il 'dentro' e il 'fuori', la metropoli e la colonia): è questo il problema decisivo di un discorso che è 'coloniale' non tanto perché 'specialisticamente' rivolto all'analisi giuridica delle istituzioni di governo della Somalia o della Cirenaica, quanto perché dominato da quella dialettica fra il 'dentro' e il 'fuori' che costituisce la condizione di pensabilità del processo di colonizzazione. Proprio per questo il discorso ('coloniale') intorno alla sovranità è inseparabile dalla rappresentazione che il nuovo sapere giuridico-coloniale produce dei soggetti. (Ri)pensare la sovranità e mettere a punto una convincente strategia di trattamento dei soggetti 'altri' sono due facce della stessa medaglia, sono due rilevanti e complementari compiti della giuscolonialistica italiana fra liberalismo e fascismo. Il mio obiettivo è appunto tentare di capire in che modo questi compiti sono stati tematizzati e assolti.

2. *I 'civili' e i 'selvaggi'.*

Lo Stato coloniale è costretto a un difficile gioco di equilibrio: mettere in rapporto spazi oggettivamente lontani e difforni. È questo il tema di fondo cui anche la giuscolonialistica italiana non si sottrae: essa, nel momento in cui è chiamata a dar conto del suo oggetto (e quindi della sua legittimità 'disciplinare'), difficilmente si limita ad una analisi giuridico-formale del concetto di 'colonia' e

assume di fatto come orizzonte imprescindibile, condizione di possibilità dell'esperienza e dell'idea della colonizzazione, un'opposizione decisiva: l'opposizione civiltà/non civiltà; è questa la matrice alla quale viene invariabilmente ricondotto il fenomeno coloniale ⁽⁵⁾.

Per la giuscolonialistica italiana il riferimento alla civiltà (al divario di civiltà), la possibilità di differenziare gli spazi usando la civiltà come criterio di distinzione, serve a definire il fenomeno della colonizzazione e a fornirne al contempo un'efficace legittimazione (senza che sia possibile per lo più distinguere nettamente fra queste due valenze). Lo stesso Romano, che, dall'alto del suo disincantato 'realismo', non soltanto è incline (come vedremo) a dubitare delle motivazioni 'disinteressate' dei colonizzatori, ma anche fa presente il carattere relativo dell'opposizione civiltà/non civiltà e la difficoltà di definirne una volta per tutte le proprietà, tuttavia è costretto a ricuperare la distinzione almeno come 'fictio' ⁽⁶⁾: tanto indispensabile è dare una forma, un nome, a una distanza e a una frattura senza le quali non si dà la possibilità della colonizzazione.

Colonizzazione è dunque civilizzazione. Questa equazione però, se indispensabile per concepire l'idea e la legittimità della colonizzazione, non basta a cancellare qualsiasi dubbio, che appare consistente soprattutto agli esordi della giuscolonialistica italiana. In Catellani ad esempio — uno dei primi studiosi di diritto internazionale ad occuparsi di problematiche coloniali — l'elogio della colonizzazione-civilizzazione non cancella la percezione del carattere oggettivamente violento della colonizzazione stessa; una colonizzazione che ha provocato, come l'autore non esita a ricordare, la

⁽⁵⁾ Rilevanti contributi in A. ANGHIE, *Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law*, in « Harvard International Law Journal », 40, 1999, 1, pp. 1-79 e in M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 98 ss. Cfr. anche G. W. GONG, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984. Per Schmitt, « la Weltanschauung civilizzatrice [...] è l'ultimo relitto di un'altra epoca, nella quale l'Europa era ancora il centro sacrale della terra; è una secolarizzazione ormai scaduta a caricatura » (C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello 'jus publicum europaeum'*, Milano, Adelphi, 1991, p. 272).

⁽⁶⁾ S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, Roma, Athenaeum, 1918, pp. 10-11.

decimazione di intere popolazioni (7). La violenza segue come un'ombra la colonizzazione e rischia di compromettere l'efficacia legittimante del suo afflato 'civilizzatore'. Occorre quindi controllare il processo di colonizzazione piegandolo al rispetto dei diritti fondamentali: sarebbe una vergogna che l'Italia dovesse disconoscere « non il diritto di nazionalità che non è di tutti, né può svilupparsi dovunque e in ogni stadio della civiltà umana, ma il diritto alla vita ed alla proprietà d'ogni essere umano, in ogni angolo della terra e in ogni stadio del suo sviluppo » (8).

La giuscolonialistica dell'età liberale crede nelle possibilità di una colonizzazione 'buona', capace di tradurre in termini operativi quella filosofia della storia come progresso che costituisce uno dei più frequentati crocevia del periodo; non occulta le deviazioni 'violente' del processo di colonizzazione, ma è convinta che esse possano essere contrastate e riassorbite dal risultato, comunque raccomandabile, della civilizzazione.

Sono in realtà poco numerose le voci dei giuristi disposti a drammatizzare il rapporto fra violenza e colonizzazione al punto da mettere in questione la legittimità di quest'ultima. È Enrico Cimbali a parlare senza mezzi termini di « ignobile ladroneccio internazionale » (9) e a opporre come incompatibili la pratica violenta della colonizzazione e l'ideale finalità della 'civilizzazione'. Il suo attacco alla violenza coloniale è l'espressione del tentativo di dimostrare l'assoluta illegittimità, anti-giuridicità, della guerra: giustificare la guerra, riconoscere la giuridicità di un atto di conquista, nel diritto internazionale, equivarrebbe a sostenere la liceità, nel diritto interno, dell'omicidio o del furto. Gli studiosi che assumono questa posizione dovrebbero essere chiamati non 'giuristi', ma « violenti-

(7) E.L. CATELLANI, *Le colonie e la Conferenza di Berlino*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1885, pp. 35 ss.

(8) Ivi, p. 40.

(9) E. CIMBALI, *Il nuovo diritto internazionale e gli odierni congressi, conferenze, società e leghe per la pace, l'arbitrato e il disarmo*, Roma, Bernardo Lux, 1910, p. 81. Su Edoardo Cimbali cfr. CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico*, cit., pp. 149 ss.; G. FOIS, *L'università di Sassari nell'Italia liberale. Dalla legge Casati alla rinascita dell'età giolittiana nelle relazioni annuali dei Rettori*, Sassari, Centro interdisciplinare per la storia dell'Università di Sassari, 1991, pp. 140 ss.

sti »⁽¹⁰⁾ (e a questa classe appartiene, secondo Cimbali, anche il povero Catellani⁽¹¹⁾).

Cimbali è però una *vox clamans in deserto*. Nella cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento domina piuttosto la tendenza a salvare la legittimità della colonizzazione senza per questo disconoscere il peso che in essa hanno storicamente assunto e ancora assumono la violenza e il cieco interesse dei colonizzatori. Muta semmai la valutazione della componente 'violenta' della colonizzazione e dei suoi effetti distruttivi: una valutazione che oscilla fra atteggiamenti di franca condanna e giudizi più distaccati, che presentano la violenza come la risultante 'oggettiva' di un processo storico che ha la stessa ineluttabilità dei fenomeni naturali. Per Arthur Girault — un giurista francese ampiamente utilizzato dalla colonialistica italiana — « l'extinction progressive des races inférieures devant les races civilisées ou, si l'on ne veut pas de ces mots, cet écrasement des faibles par les forts est la condition même du progrès »⁽¹²⁾, è una legge storico-naturale non solo ineludibile, ma anche provvida perché capace di condurre al trionfo finale del progresso e della civiltà.

Quali che siano i costi da pagare (o da far pagare), la colonizzazione appare comunque legittimata da quel processo di civilizzazione che in sostanza viene fatto coincidere con essa.

Non è peraltro soltanto l'argomento della civilizzazione ad essere impiegato per dimostrare la legittimità della colonizzazione. È frequente il ricorso ad una giustificazione che non gode dell'afflato etico di cui si ammanta la 'civilizzazione', ma ha a suo vantaggio la forza persuasiva dei dati di fatto: la sovrabbondanza della popolazione.

Siamo di fronte a un luogo retorico di notevole longevità: è appena il caso di ricordare che già Thomas More nel 1516 ci informava che i suoi utopiani, quando il prefissato livello ottimale della popolazione veniva superato, navigavano alla volta di altre

⁽¹⁰⁾ CATELLANI, *Le colonie*, cit., p. 17.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 35.

⁽¹²⁾ GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Sirey, 1907³, vol. I, p. 27. In questo senso si era espresso già R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1906⁹), Aalen, Scientia, 1968, Teil 1, pp. 5-9.

terre che occupavano e colonizzavano con pieno diritto, con l'assenso dei loro abitanti o, in caso contrario, con la loro giusta eliminazione (13).

L'argomento della sovrappopolazione sembra attraversare indenne i secoli e i più diversi contesti, ma non per questo deve essere interpretato come una formula metastorica sempre eguale a se stessa. In realtà, in ogni contesto storico-ideologico quell'argomento viene riformulato *ad hoc*, assume valenze inedite e viene a far parte di strategie storicamente inconfondibili.

In Italia fra Otto e Novecento la sovrabbondanza della popolazione è un tema 'caldo', se solo si pensa all'entità che il fenomeno dell'emigrazione sta assumendo in quel periodo. Non basta però l'oggettiva consistenza del problema a generare 'automaticamente' effetti di rilievo sul processo di colonizzazione. Occorre l'intervento creativo e progettuale di agguerrite minoranze che trasformano il dato in un argomento retoricamente efficace (14). La famosa immagine pascoliana della 'Grande Proletaria' (15) è un brillante esempio in una direzione che viene sistematicamente seguita da Corradini e dai *maîtres à penser* del nuovo nazionalismo italiano (16).

La sovrabbondanza della popolazione diviene in questa prospettiva qualcosa di più complesso di un problema grave ma circoscritto, cui dare una risposta più efficace dell'emigrazione (responsabile di una continua emorragia di forze preziose per il rafforzamento della compagine nazionale). La colonizzazione è certo un'alternativa all'emigrazione e una risposta al problema

(13) Cfr. Th. MORE, *Utopia*, a cura di L. Firpo, Napoli, Guida, 1979, p. 196.

(14) Un precoce sostenitore della necessità di 'convertire' l'emigrazione in colonizzazione è Pasquale Turiello (P. TURIELLO, *Governo e governati in Italia. Fatti*, Bologna, Zanichelli, 1889², pp. 35 ss.; P. TURIELLO, *Governo e governati in Italia. Proposte*, Bologna, Zanichelli, 1890², pp. 218 ss.). Cfr. R. MOLINELLI, *Pasquale Turiello precursore del nazionalismo italiano*, Urbino, Argalia, 1968; R. MOLINELLI, *Pasquale Turiello: il pensiero politico e un'antologia degli scritti*, Urbino, Argalia, 1988.

(15) G. PASCOLI, *La grande proletaria si è mossa*, in G. PASCOLI, *Patria e Umanità. Raccolta di Scritti e Discorsi*, Bologna, Zanichelli, 1923, pp. 235-50.

(16) Sugli orientamenti colonialistici del nazionalismo italiano cfr. R. MOLINELLI, *Il nazionalismo italiano e l'impresa di Libia*, in « Rassegna storica del Risorgimento », LIII, 1966, 2, pp. 285-318; G. PARLATO, *Nazionalismo italiano e colonialismo*, in « Nuova storia contemporanea », II, 1998, 3, pp. 137-48.

demografico, ma è al contempo l'espressione di una nuova politica che rompa i ponti con una visione asfittica e riduttiva dello Stato nazionale. La sovrabbondanza della popolazione deve allora esser vista non tanto come una difficoltà da risolvere, quanto come una ricchezza da valorizzare: come l'espressione di una pienezza di energie che lo Stato è chiamato a incanalare e a dirigere all'esterno.

Imperialismo è una parola ormai accreditata nella cultura europea. Lo si presenta come l'espressione di una 'volontà di potenza' di cui si rintracciano presupposti culturali e genealogie più o meno plausibili (17), lo si vede adombrato nella vocazione al dominio dell'una o dell'altra razza superiore (18), lo si assume — ed è questa l'operazione in cui i nazionalisti italiani si impegnano — come la forma obbligata di uno Stato costretto a scegliere fra l'implosione e l'espansione, fra la decadenza e l'autoaffermazione.

Si infittiscono insomma le aspirazioni e le tendenze 'imperialistiche' in tutta Europa e l'Italia non manca di dare un contributo al nuovo clima (19). Anche per Corradini, anche per Rocco, imperialismo significa, certo, valorizzare la volontà di potenza dello Stato-nazione, ma significa anche esaltare, a fondamento del nuovo, auspicato slancio imperialistico, quella peculiarità italiana che è la sovrabbondanza della popolazione. È un profilo che un 'osservatore partecipe' come Robert Michels non manca di registrare indicando, nel nascente imperialismo

(17) Cfr. ad esempio E. SEILLÈRE, *Introduction à la philosophie de l'imperialisme*, Paris, Alcan, 1911; E. SEILLÈRE, *Mysticisme et domination. Essai de critique impérialiste*, Paris, Alcan, 1913. È Seillère a collegare la nuova atmosfera imperialistica alla 'Gobineau Renaissance' in Germania: cfr. E. SEILLÈRE, *La philosophie de l'impérialisme, I, Le Comte de Gobineau et l'aryanisme historique*, Plon, Paris, 1903.

(18) Cfr. ad es. J.A. CRAMB, *Riflessioni su le origini e il destino della Bretagna imperiale* (1900), in J.A. CRAMB, *L'imperialismo britannico. Sue origini e suo avvenire*, Torino, Bocca, 1918. Sull'imperialismo inglese cfr. J.M. MACKENZIE, *Imperialism and Popular Culture*, Manchester, Manchester University Press, 1986; P. BRANTLINGER, *Rule of Darkness: British literature and Imperialism 1830-1914*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1988; Ch. A. BAYLY, *Imperial Meridian. The British Empire and the World 1780-1830*, London-New York, Longman, 1989; C.C. ELDRIDGE, *The Imperial Experience. From Carlyle to Forster*, London, Macmillan, 1996; U.S. MEHTA, *Liberalism and Empire. A Study in Nineteenth-Century British Liberal Thought*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1999.

(19) Cfr. G. ARE, *La scoperta dell'imperialismo: il dibattito nella cultura italiana del primo Novecento*, Roma, Lavoro, 1985.

italiano, alcuni elementi caratterizzanti: da un lato, il superamento del 'pacifismo risorgimentale' (refrattario a declinare in termini espansionistici ed aggressivi il tema della nazione) e la scoperta dell'irrefrenabile espansionismo di ogni Stato; dall'altro lato, il legame, tipico dell'Italia più che di altri paesi europei, fra il surplus di popolazione e la spinta colonizzatrice (tanto che Michels ritiene di poter ricondurre il nascente imperialismo italiano a un tipo di imperialismo che egli chiama 'demografico' (20)).

Sono temi che vengono ampiamente discussi nell'Italia del primo Novecento e non restano affatto estranei alla giuscolonialistica dell'epoca, nonostante la tendenza, tipica del sapere giuridico, a porsi a una qualche distanza dal *mare magnum* del dibattito politico-ideologico.

Catellani, ad esempio, si mostra ben informato sul recente dibattito europeo, presenta l'imperialismo come la trasformazione del patriottismo nazionale in «fierezza di razza ed aspirazione intellettualmente espansiva e moralmente assimilatrice», ne coglie la propensione al conflitto per «il dominio dei mercati e l'arbitrio del commercio universale», ma continua a restare affezionato alla sua idea di fondo, che cioè, quali che siano le lotte che si vengono scatenando fra le grandi potenze per la supremazia, il grande risultato della colonizzazione è il suo effetto globalmente 'civilizzatore', l'aver comunque creato, «per la prima volta nella storia, una vera unità economica, non meno che una unità morale», del mondo intero (21). Non è una posizione molto lontana da quella di Olindo Malagodi, affezionato ad un'immagine commercial-liberistica dell'impero inglese, convinto che l'unico imperialismo plausibile coincida con il primato dell'industrializzazione e la sua capacità di espandersi, in prospettiva, al mondo intero: «il più alto merito dell'imperialismo moderno è appunto di avere rivendicato alla sola civiltà superiore il diritto di essere imperialista» (22), a patto però che questo primato non si rovesci nel ricorso alla

(20) R. MICHELS, *L'imperialismo italiano. Studi politico-demografici*, Milano, Società Editrice Libreria, 1914.

(21) E. CATELLANI, *Gli imperialismi d'oggi e l'equilibrio politico del domani*, in «Rivista Coloniale», XI, 1906, pp. 350 ss.

(22) O. MALAGODI, *Imperialismo. La civiltà industriale e le sue conquiste. Studii inglesi*, Milano, Treves, 1901, p. 398.

violenza, nella « strana, inaspettata riapparizione del militarismo, l'antico protagonista della storia » (23).

In realtà, è proprio il mito dello Stato-potenza, della potenza non solo economica ma anche militare dello Stato, che si afferma in Italia, prima nella letteratura nazionalistica e poi nella pubblicistica fascista. È la potenza dello Stato che si realizza e si manifesta nell'impegno colonizzatore del regime. Il mito della potenza statuale-nazionale, comunque, non induce affatto a sbarazzarsi dell'argomento pascoliano e nazionalistico della sovrabbondanza della popolazione, ma anzi è congruente con la decisione di fare della politica demografica uno dei supporti fondamentali dell'avventura 'imperiale' del regime.

Politica della famiglia, condanna del 'modernismo' malthusiano (rafforzata da argomenti cattolico-tradizionalistici), equazione fra 'regresso delle nascite' e 'regresso dei popoli', politica demografica (il famoso 'discorso dell'Ascensione'), celebrazione della prolificità del popolo italiano: tutto ciò sta a mostrare come il fascismo accolga i materiali primo-novecenteschi etichettati da Michels con la formula dell'imperialismo demografico e li convogli nella costruzione di una nuova sovranità 'imperiale'. Valga a conferma l'accenno di un eccezionale osservatore ed interlocutore del fascismo italiano — Carl Schmitt — che non a caso, sviluppando la sua teoria dei 'grandi spazi' (una teoria che, come vedremo, ha precisi e rilevanti echi nella costruzione fascista del mito dell'impero (24)), evoca lo scritto di un giovane studioso italiano, Luigi Valli, le cui argomentazioni, secondo Schmitt, « non si lasciano assolutamente confutare » (25). Ed è appunto un nuovo, singolare 'diritto collettivo' che le riflessioni di Valli intendono rivendicare: il diritto demografico, il diritto dei popoli alla terra.

È un diritto disatteso dall'ipocrita giustizia internazionale: quale dei famosi punti wilsoniani ha menzionato « il 'bisogno di terra' che hanno i popoli esuberanti di popolazione? » (26). Eppure

(23) Ivi, p. 402.

(24) V. *infra*, § 5.

(25) C. SCHMITT, *Il concetto d'Impero nel diritto internazionale*, Roma, Settimo Sigillo, 1996, p. 7.

(26) L. VALLI, *Il diritto dei popoli alla terra*, Milano, Alpes, 1926, p. 9.

è questo l'unico bisogno vitale che legittima l'espansione coloniale, di contro alle « pretese del capitale cupido e avaro », che hanno sorretto l'espansionismo mercantile anglo-sassone (27). Il futuro dell'Italia è quindi non la 'colonia di sfruttamento', ma la 'colonia di popolamento', che « costituisce la vera e grande affermazione umana, il vero e grande incremento della specie, la tipica e fondamentale 'vittoria dell'uomo' » (28).

Siamo nel '26 e l'impero è ancora lontano, ma le pagine di Valli offrono un'efficace formulazione di un argomento che sarà invocato nei tardi anni Trenta per sostenere, da un lato, la necessità di rivedere l'esistente assetto geopolitico, e, dall'altro lato, per ripensare, nel nuovo orizzonte imperiale, la colonizzazione fascista in funzione di un travaso della popolazione eccedente dall'Italia ai possedimenti africani.

Il diritto demografico, il diritto dei popoli alla terra, è un antico luogo retorico capace di ambientarsi perfettamente nella cornice imperiale del fascismo. Proprio per questo il dotto padre Messineo, autorevole collaboratore della « Civiltà Cattolica », potrà senza sforzo legittimare l'impresa etiopica ricorrendo ai canonici argomenti consacrati dalla tradizione (civilizzazione e messa a frutto delle risorse naturali male utilizzate) e insistendo sullo stato di necessità derivante dalla sovrappopolazione. È la necessità che crea il diritto: « uno Stato, premuto dalla necessità vitale per ristrettezza del suo territorio e per deficienza dei mezzi indispensabili alla vita individuale e collettiva, ha la facoltà di appropriarsi di una parte della terra, posseduta da altri, nella misura richiesta dalla sua necessità » (29). Vi ha dunque un diritto all'espansione (un « diritto di appropriazione del popolo indigente »), cui corrisponde il dovere di sottomissione del popolo colonizzato: « un popolo che si oppone con la resistenza positiva all'occupazione di una parte dei suoi beni superflui e infruttuosi commette un vero atto di ingiustizia contro il popolo bisognoso, che tenta di espandersi » (30).

(27) Ivi, p. 20.

(28) Ivi, p. 78.

(29) A. MESSINEO, *Giustizia ed espansione coloniale*, Roma, Ed. La civiltà cattolica, 1945³, p. 229.

(30) Ivi, p. 243.

L'argomento demografico è congeniale al fascismo, almeno per due motivi: in primo luogo, perché si presenta come un 'fatto', un dato oggettivo e inoppugnabile; in secondo luogo, perché evoca quelle immagini di forza e di prorompente vitalità da sempre care al fascismo; in terzo luogo, perché si appella non alla forza dei valori, ma al valore della forza, venendo incontro a una tendenza 'realistica' diffusa nella colonialistica fascista; essa infatti, se non è disposta a buttare a mare una volta per tutte il pur sempre indispensabile dogma della 'civilizzazione', si trova spesso a disagio con le sue valenze 'etiche' e teme di vedere intorbidata quella logica del puro dominio che con sempre maggiore forza sorregge le propensioni imperial-coloniali del fascismo. È una tensione che avremo modo di verificare in più occasioni. È però una tensione che nasce dal fatto che nemmeno il più 'realistico' fascismo si sente di legittimare l'espansione coloniale *soltanto* come nudo dominio, come mero fatto, come risposta meccanica ad una necessità 'esistenziale', ma continua a ricorrere a quel sistema di fini e di valori che ruota intorno all'opposizione fra 'civili' e 'selvaggi'; e il problema del fascismo sarà semmai quello di tenere a freno le valenze più pericolosamente 'umanitarie' ed 'egualitarie' della civilizzazione.

Come spinta immediata alla colonizzazione può essere volta a volta teorizzata la 'volontà di potenza' o la sovrappopolazione, la ricerca di nuovi mercati o la scarsità di materie prime; ma l'orizzonte al quale la giuscolonialistica non può sottrarsi, in tutto l'arco del suo sviluppo, è la civilizzazione, perché è essa che permette di dare un nome alla differenza (fra 'dentro' e 'fuori', tra metropoli e colonia) e al contempo di indicare il senso (il valore, la legittimità, la finalità ultima) del movimento coloniale.

Siamo di fronte a un lemma solo apparentemente semplice, ma in realtà tanto complesso e stratificato da rendere impossibile (in questa sede) la ricostruzione dei suoi significati e della sua genesi storica. Pesa su di esso in sostanza la tesi (antica e persistente) del provvidenziale connubio fra *civilitas* e *christianitas*. Muta nel corso del tempo il peso specifico dei due addendi (diminuendo l'incidenza del secondo con il trionfo di una visione secolarizzata della storia), ma il risultato non cambia e coincide con l'auto-identificazione dell'Europa con la civiltà.

Per quanto riguarda la giuscolonialistica italiana, questo compli-

cato processo è alle spalle, acquisito una volta per tutte. È aperto invece il campo delle applicazioni e delle conseguenze giuridiche dell'assunto storico e antropo-sociologico che lo sostiene. È la civiltà che, anche per il giurista, detta le coordinate del 'dentro' e del 'fuori'. Valga a riprova un esempio significativo, offerto dalle discussioni sviluppatesi intorno al concetto di 'protettorato coloniale'.

Il protettorato coloniale è un argomento su cui i giuristi si soffermano con particolare attenzione dopo la Conferenza di Berlino ⁽³¹⁾, che ne ha in qualche modo sanzionato l'applicazione e la diffusione. Nel tentativo di trovare qualche criterio di contenimento dello *scramble for Africa*, la conferenza di Berlino distingue fra due ipotesi: l'occupazione di un territorio 'nullius' oppure la creazione di un protettorato coloniale, frutto di un accordo fra una potenza europea e un capo-tribù indigeno. Mentre l'occupazione esige — è questo uno dei punti concordati alla Conferenza di Berlino — non soltanto una formale presa di possesso, ma anche uno stabile ed effettivo controllo del territorio, il protettorato coloniale richiede soltanto di essere notificato alle potenze presenti nel convegno berlinese e vale come patto *ad excludendum* nei confronti di esse.

Su ciascuno di questi punti si sviluppa nella cultura giuridico-internazionalistica un intenso dibattito ⁽³²⁾, cui posso accennare solo per mettere in rilievo il profilo che qui interessa: il ruolo svolto dal concetto di 'civiltà' nell'argomentazione giuridica.

Il tema della civiltà era stato e continuava ad essere evocato a proposito della possibilità di definire un territorio come *res nullius* e di procedere di conseguenza a un'occupazione legittima. Quando un territorio può essere considerato 'nullius'? Certo, ad impedire una siffatta qualificazione non basta la presenza fisica, su quel territorio, di un qualsiasi assembramento umano. Già a metà Settecento Vattel (che a sua volta impiegava e sviluppava categorie originariamente lockiane) aveva risolto il problema in nome (potremmo dire senza troppe forzature) dei diritti delle civiltà supe-

⁽³¹⁾ Sulla Conferenza di Berlino cfr. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., pp. 121 ss.

⁽³²⁾ Cfr. S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo, 1870-1914*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 103 ss. Mi permetto anche di rinviare a P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 3, La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 476 ss.

riori: sono queste le uniche capaci di mettere a frutto quelle risorse naturali che i primitivi non sono in grado di tesaurizzare, provocando con la loro inettitudine danni rilevanti all'intera umanità⁽³³⁾. Ciò che però emerge con maggiore evidenza nel dibattito tardo-ottocentesco è un problema specifico: il problema dello Stato. Le terre abitate dai 'selvaggi' possono esser dette (contro ogni 'fisicalistica' evidenza) *nullius* non perché non sia possibile rinvenire in esse assembramenti umani e forme di vita collettiva, ma perché non è venuto ad esistenza l'unico elemento capace di determinare e di coagulare in sé la giuridicità: lo Stato; e a sua volta lo Stato è assente perché esso non coincide con qualsiasi rudimentale forma di organizzazione politica, ma presuppone una lunga storia e complessi requisiti: presuppone in una parola la civiltà, si identifica con essa, ne è la necessaria forma istituzionale.

La discussione è ampia e variegata, ma una tesi ricorrente è l'impossibilità di attribuire ai 'selvaggi' una vera e propria sovranità sul loro territorio (molta acqua è passata sotto i ponti dell'anticolonialismo kantiano e, se qualche filosofo deve essere citato, si guarda piuttosto all'immagine hegeliana di una storia culminante nello Stato e nell'Occidente). Certo, rifiutare ai 'selvaggi' la sovranità non significa negare loro ogni diritto: Johann Caspar Bluntschli ad esempio, pur convinto che la sovranità è appannaggio dei popoli civili organizzati in Stato, fa presente che « ogni uomo è una persona, cioè un essere capace di acquisire diritti ed esercitarli » e che quindi la sovranità dei popoli dominanti non può annientare « il diritto più elevato e più generale dell'umanità; perché gli stati sono un organismo umano e devono rispettare i diritti riconosciuti dovunque agli uomini »⁽³⁴⁾. Analogamente Catellani sostiene che occorre distinguere fra proprietà e sovranità. Dobbiamo riconoscere ai 'selvaggi', *uti singuli*, numerosi diritti, fra cui la proprietà, ma non

(33) E. DE Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1839, vol. I, ch. 7. Su Vattel cfr. E. JOUANNET, *Emer De Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998; F. MANCUSO, *Diritto, stato, sovranità: il pensiero politico-giuridico di Emer De Vattel tra assolutismo e rivoluzione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

(34) J.C. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, Paris, Guillaumin, 1870, p. 203.

la sovranità, perché il loro livello di inciviltà è tale da impedire l'esistenza di una persona giuridica, di uno Stato, capace di incarnare e rappresentare il paese. Proprio per questo è legittima l'occupazione di quei territori da parte di uno Stato europeo, che deve arrestarsi « non già davanti a qualunque moltitudine di individui, ma soltanto davanti ad un altro Stato » (35).

È la civiltà lo spartiacque fra due mondi e la condizione di legittimità del dominio che l'uno esercita sull'altro. Nel discorso del giurista, la civiltà però non basta da sola a produrre questo effetto; lo produce in forza di un'endiadi che ha anch'essa alle spalle una lunga storia e che tuttavia solo nello specchio del discorso giuscoloniale emerge in tutta la sua portata: il nesso fra civiltà (europea) e Stato (36).

Il 'fatto' storico e socio-antropologico della civiltà si riverbera immediatamente in 'diritto', quali che siano gli indirizzi dottrinali (formalistici, sociologistici, organicistici ecc.) volta a volta dominanti (37). È il nesso civiltà-Stato-sovranità che sorregge la più

(35) E.L. CATELLANI, *Le colonie e la Conferenza di Berlino*, cit., pp. 579-80. Cfr. anche G. FUSINATO, *Le mutazioni territoriali. Il loro fondamento giuridico* (1885), in G. FUSINATO, *Scritti giuridici*, Torino-Milano-Roma, Bocca, 1921, vol. I, pp. 422-537.

(36) Un interessante voce di dissenso rispetto all'opinione dominante è quella di Felice Arcoleo, che critica tanto l'immediata identificazione fra 'Europa' e 'civiltà' quanto il nesso cogente fra 'civiltà' e 'Stato'. « Appena noi identifichiamo cultura e umanità con il concetto europeo — scrive Arcoleo — non vi è più posto per i selvaggi: essi divengono per noi una anomalia, un fenomeno che sta al di fuori della umanità e del diritto » (F. ARCOLEO, *Il problema coloniale nel diritto pubblico*, Napoli, Piero, 1914, p. 11). Occorre quindi, per un verso, affermare che « ogni organizzazione politica di uomini su un determinato territorio che compare all'esterno come una unità, che da sé sola crea ed esercita nella sua vita comune le norme stabilite per coloro che appartengono alla comunità è da reputarsi virtualmente come Stato » (ivi, p. 136), e, per un altro verso, ammettere che « vi ha dei diritti insiti o quesiti nelle genti indigene che lo Stato dominante o straniero deve riconoscere, come vi sono dei diritti insiti all'uomo che a prescindere dalla qualità di cittadino, lo Stato proprio riconosce e protegge » (ivi, p. 19). La colonizzazione è comunque, anche per Felice Arcoleo, un 'fatto' acquisito, irreversibile e inevitabile: resta soltanto la scelta se far sì che essa si svolga « nella forma di annientamento o in quello di accordo » con i popoli colonizzati (ivi, pp. 9-10).

(37) Pasquale Fiore, ad esempio, che si dichiara sostenitore dei principi di « Umanità », « Fraternità », « Cosmopolitismo » (P. FIORE, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, Torino, Utet, 1909⁴, p. 59) e intende difendere i diritti delle « genti non incivilite » (ivi, p. 35), tuttavia legittima la colonizzazione sulla

diffusa soluzione del problema del territorio 'res nullius' (anche se non mancano autorevoli *dissenting opinions* ⁽³⁸⁾). Ed è questo nesso a tornare ancora in gioco a proposito della definizione del protettorato coloniale.

Esiste la figura del protettorato internazionale, che è tale in quanto due Stati, due soggetti della comunità internazionale, entrano in un rapporto tale che uno di essi offre 'protezione' ad un altro che accetta, come contropartita, una qualche ingerenza (di intensità molto variabile) nei suoi affari interni. Il presupposto resta comunque l'eguale natura statale dei protagonisti del rapporto. La peculiarità del protettorato coloniale è invece che la convenzione che lo fonda intercorre fra due partner profondamente disuguali: da un lato uno Stato, dall'altro lato una primitiva organizzazione politica, la cui soggettività internazionale appare problematica, tanto da rendere possibile quella profonda ingerenza nella gestione del potere normalmente esclusa dal protettorato internazionale ⁽³⁹⁾. Il protettorato coloniale fuoriesce dall'alveo principale del diritto internazionale per entrare nel mondo 'speciale' e appartato del diritto coloniale: con il protettorato coloniale siamo di fronte a « rapporti fra uno Stato, che ha una civiltà progredita, ed un territorio che, viceversa, ha una civiltà elementare, tanto da non potere assumere la figura di Stato. Si tratta quindi di un rapporto che per sua natura rientra nel diritto coloniale » ⁽⁴⁰⁾.

base della differenza fra i popoli « uniti dal legame della civiltà » e le tribù « non incivilite » (ivi, p. 32). Su Fiore cfr. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., pp. 54-57.

⁽³⁸⁾ Cfr. ad esempio G. JÉZE, *Étude théorique et pratique sur l'occupation comme mode d'acquérir des Territoires en Droit International*, Paris, Giard & Brière, 1896.

⁽³⁹⁾ C. SCHANZER, *L'acquisto delle colonie e il diritto pubblico italiano*, Roma, Loescher, 1912, p. 23.

⁽⁴⁰⁾ ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 42. In realtà il problema è ampiamente dibattuto e aperto a diverse soluzioni. Il punto cruciale resta comunque la possibilità o meno di attribuire alla tribù 'selvaggia' lo statuto di un'organizzazione politica in qualche modo assimilabile allo Stato. Cfr. ad esempio I. SANTANGELO SPOTO, voce *Colonia*, in *Il Digesto italiano*, vol. VII, parte II, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1897-1902, pp. 615-16; U. BORSI, *Studi di diritto coloniale*, in « Studi Senesi », XXXII, 1916, pp. 329 ss.; V. ANGELO, *Introduzione allo studio del diritto coloniale*, Milano-Genova-Roma-Napoli, Soc. ed. Dante Alighieri, 1930, pp. 9 ss.; U. BORSI, *Corso di diritto coloniale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1932, pp. 88 ss.

La civiltà dunque è il ‘fatto’ che governa immediatamente il ‘diritto’ della colonizzazione. Certo, si tratta non di un dato brutalmente ‘fattuale’ come la sovrappopolazione, ma di un insieme variegato di assunti antropologici e valoriali. Il risultato è comunque la messa a punto di una struttura argomentativa — l’opposizione civiltà/non civiltà — determinante per l’impostazione e la soluzione dei principali problemi giuscoloniali.

L’opposizione civiltà/non civiltà non ha però un carattere statico né svolge soltanto una funzione giuridico-costruttiva: al contrario, essa sostiene e alimenta l’immagine della ‘civiltà’, l’onnipresente simbolo di legittimazione dell’espansione coloniale. Il passaggio da un livello del discorso all’altro, dal piano del dato oggettivo (l’opposizione strutturale civiltà/non civiltà) al piano della missione etico-politica (il compito civilizzatore della colonizzazione), è peraltro immediato e naturale: proprio perché la civiltà è insieme la causa e il sintomo della superiorità dell’occidente europeo, essa impone precise responsabilità e doveri ‘missionari’. La civiltà include non soltanto diritti e poteri, ma anche oneri e (kiplinghiani) fardelli ⁽⁴¹⁾.

Espressione di una civiltà consapevole della sua storica ‘missione’, la ‘civiltà’ si presenta come un’azione di protezione, di tutela, di educazione. Ancora una volta, siamo di fronte a simboli semanticamente e storicamente sovraccarichi, che per un verso sembrano ricondurci alle antiche immagini dell’indio come soggetto irrazionale ed eteronomo ⁽⁴²⁾, mentre, per un altro verso, traggono da un’altrettanto antica retorica familista l’immagine di un colonizzatore paterno, preoccupato di governare-proteggere un ‘selvaggio’ condannato a una perpetua infanzia o ad un’eterna adolescenza ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Mi riferisco al verso «Take up the White Man’s burden» della famosa poesia di Kipling.

⁽⁴²⁾ Due buoni e recenti contributi italiani sono offerti da A.A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004 e da L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004.

⁽⁴³⁾ Un brillante e suggestivo riferimento in C. PETIT, *Il modello coloniale dello Stato di diritto. La costituzione africana in Guinea*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 566-613.

Ancora una volta, la colonizzazione-civilizzazione presuppone un dislivello drammatico fra civili e selvaggi, ma al contempo si propone come investita del diritto-dovere di farsi carico di questa frattura tutelando i deboli e implumi nativi. « Vi sono paesi — scrive Leroy-Beaulieu, ospitato e tradotto nell'influente e diffusa 'Biblioteca' diretta da Brunialti — in cui sembra che la civiltà, cioè il dominio dell'uomo su se stesso e sulla materia, lo spirito di intrapresa e la disciplina, il senso della capitalizzazione e l'attitudine alle invenzioni, non possa svolgersi spontaneamente ». I popoli civili devono allora intervenire e il loro intervento « si giustifica come un'educazione o come una tutela » (44).

Civilizzare è dunque tutelare ed educare, aiutare il 'fuori' a ridurre col tempo il fossato che lo separa dal 'dentro'. Una siffatta attribuzione di senso all'espansione coloniale circola in tutta la giuscolonialistica fra Otto e Novecento (e trova anche nella Conferenza di Berlino un supporto non trascurabile), ma raggiunge il suo acme nel primo dopoguerra, sostenuta dall'afflato universalistico e umanitario del presidente Wilson e tradotta in un preciso sistema giuridico-normativo: il sistema dei mandati.

È in questione il destino dei possedimenti delle potenze sconfitte e il presidente Wilson interviene con decisione, prima con la pubblicazione (8 gennaio 1918) dei 'Quattordici punti' e poi con il progetto presentato alla Conferenza per la Pace nel 1919. L'esito finale di questo processo è il varo dell'art. 22 del *Covenant* della Società delle Nazioni, sul quale si impernia il cosiddetto sistema dei mandati: un sistema fondato, come già suggeriva il progetto wilsoniano, sul *trusteeship*, sul legame di affidamento e di responsabilità che popoli ancora incapaci di reggersi autonomamente stringono con le potenze occidentali, investite di un 'mandato' fiduciario, funzionale al benessere, allo sviluppo, insomma alla 'civilizzazione' dei popoli affidati (45).

È in questa prospettiva che uno dei primi saggi dedicati in Italia

(44) P. LEROY-BEAULIEU, *La colonizzazione presso i popoli moderni*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, diretta da A. BRUNIALTI, II Serie, Opere di diritto amministrativo e Costituzionale, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1897, vol. 9, p. 682.

(45) Cfr. F. P. WALTERS, *A History of the League of Nations*, London-New York-Toronto, Oxford University Press, 1965.

al sistema dei mandati ⁽⁴⁶⁾, redatto da Alberto Vallini, vede nell'art. 22 il compimento di aspettative già diffuse nella giuscolonialistica italiana, ma date per utopistiche ancora alla vigilia della guerra. Già Felice Arcoleo e Enrico Catellani avevano richiamato l'attenzione sui doveri dei popoli colonizzatori; questi doveri però sono ora consacrati in una precisa norma giuridica, se è vero che il Patto della Società delle Nazioni ha dichiarato che « compito sacro della civiltà [è] il benessere e lo sviluppo dei popoli » ⁽⁴⁷⁾. È legittimo quindi per Vallini vedere nei mandati lo strumento tecnico-giuridico capace di realizzare quella 'tutela civilizzatrice' che costituisce la finalità immanente e la principale giustificazione dell'espansione coloniale ⁽⁴⁸⁾. Di tutela (*tutelage*, *tutelle*, *Vormundschaft*) parla infatti il Patto e il contenuto della tutela non è che l'assolvimento della missione di civilizzazione: una missione di sostegno e di educazione nei confronti di popoli che, pure non incivili del tutto, appaiano incapaci di reggersi da soli « nelle condizioni particolarmente difficili del mondo moderno » ⁽⁴⁹⁾.

Ancora una volta, il lemma civiltà/civilizzazione si pone al centro del sistema dei mandati e del relativo dibattito. La stessa differenziazione fra i mandati (di tipo A, B, C) prevista dal Patto dipende dal livello di 'civiltà' attribuito all'uno o all'altro paese 'affidato'. Si distingue — osserva Vallini — fra popoli, comunità e territori, assumendo come indice il grado di complessità dell'organizzazione politica e in rapporto a ciò si attribuiscono alle potenze mandatarie compiti diversi di 'tutela civilizzatrice': che va dal rispetto dell'autonomia sostanziale del popolo 'tutelato', nel mandato di tipo A, alla promozione (sia pure rinviata al futuro) di poteri di autogoverno per i paesi compresi nel mandato di tipo B, fino alla mera gestione dei territori 'nullius' (abitati da una popolazione troppo 'incivile' per essere riconosciuta come soggetto politicamente organizzato) — e lo stesso Vallini (pur ben disposto verso il

⁽⁴⁶⁾ A. VALLINI, *I mandati internazionali della Società delle Nazioni*, Milano, Hoepli, 1923. Il primo ad occuparsi in Italia del problema è G. MONDAINI, *Il mandato coloniale*, in « Rivista coloniale », XVI, 1921, n. 3, pp. 93 ss.

⁽⁴⁷⁾ VALLINI, *I mandati internazionali*, cit., p. 5.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 30.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 41.

‘sistema dei mandati’) parla in questo caso di una Società delle nazioni « matrigna »⁽⁵⁰⁾.

È la ‘civiltà’ il perno del sistema dei mandati ed è la ‘civiltizzazione’ (la tutela affidata alla responsabilità etico-storica dei popoli civili) il contenuto che ne definisce il senso e la legittimità. Da questo punto di vista, non ha torto Vallini nel vedere nell’art. 22 l’inveramento giuridico-normativo di prospettive valoriali e di schemi argomentativi ampiamente condivisi dalla giuscolonialistica precedente.

Esiste dunque nella giuscolonialistica italiana una linea interpretativa disposta a prendere sul serio i compiti tutori, protettivi ed educativi della ‘civiltizzazione’, tanto da vedere nel sistema dei mandati una sorta di conferma e di traguardo delle istanze etiche e ‘missionarie’ dell’espansione coloniale. Non mancano però espressioni di un atteggiamento più spregiudicato e ‘realistico’, che nel sistema dei mandati vede in sostanza il mascheramento retorico degli interessi delle potenze vincitrici e riconduce quanto meno il mandato di tipo C a una mera occupazione territoriale⁽⁵¹⁾.

La tensione fra ‘eticismo’ e ‘realismo’ nella giuscolonialistica italiana non si esprime peraltro soltanto nella valutazione dell’art. 22, ma costituisce un elemento di fondo di questa disciplina giuridica. Il nodo che viene al pettine è la rappresentazione del potere statale. Premere sul tasto della missione tutoria e civilizzatrice rischia di mettere in ombra il ruolo decisivo e l’assoluta discrezionalità della sovranità nazionale. Percorrere fino in fondo la strada della ‘civiltizzazione’ approda ad una (almeno ideale) relativizzazione del decisionismo sovrano e sostituisce all’onnipotenza dello Stato l’idea di una sua responsabilità etico-storica, che il Patto della Società delle Nazioni vorrebbe trasformare addirittura in responsabilità giuridica, tanto da rendere controllabile e sindacabile l’operato del singolo Stato mandatario.

È quindi comprensibile che un’altra linea si sviluppi nella

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 191.

⁽⁵¹⁾ MONDAINI, *Il mandato coloniale*, cit., pp. 104 ss. Fra i contributi italiani al problema del mandato coloniale cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *I mandati della Società delle Nazioni*, Torino, Bocca, 1928; G. AMBROSINI, *Paesi sotto mandato. Condizione giuridica degli abitanti*, Milano-Roma, Treves-Treccani-Tumminelli, 1932.

giuscolonialistica: una linea 'realistica', pronta a indicare gli interessi soggiacenti alle avventure coloniali e al contempo capace di rendere giustizia al ruolo trainante e insindacabile dello Stato. Passa allora in secondo piano la civilizzazione e domina il campo l'idea di uno Stato energico e dinamico, capace di conseguire « la sommissione d'una più o meno vasta parte del mondo alla sua lingua, alle sue idee alle sue leggi, alla sua civiltà »⁽⁵²⁾; uno Stato che, risvegliato dal trauma della Grande Guerra, riscopre la sua essenza aggressiva ed espansionistica. Il colonialismo deve essere allora considerato come l'espressione di un popolo che « deve essere o farsi potenza »⁽⁵³⁾. Certo, la civiltà è pur sempre in gioco; ma l'obiettivo della civilizzazione è inseparabile dalla guerra. È dalla guerra che nasce la civiltà e il risultato conseguito riscatta « il sangue versato, le violenze compiute »⁽⁵⁴⁾.

La civilizzazione resta una componente ineliminabile, ma procede al rimorchio di una necessità storica che sottolinea l'assoluto protagonismo della sovranità statale. 'Realismo' e 'statualismo' vengono a costituire un intreccio singolare ma comprensibile. È in questa prospettiva che Santi Romano, per un verso, mantiene fermo, come condizione della colonizzazione, il requisito di un qualche divario di civiltà fra colonizzatori e colonizzati, ma, per un altro verso, considera un'inutile foglia di fico l'equazione fra civilizzazione e colonizzazione. Senza temere di evocare la nuda logica del potere, Santi Romano ritiene di poter « francamente affermare che la colonizzazione è un fenomeno di espansione politica, che ha soprattutto per scopo il vantaggio della metropoli ». La civilizzazione resta, ma solo come effetto indiretto e non come scopo primario di una colonizzazione che deve essere intesa semplicemente come « affermazione di forza e dominio »⁽⁵⁵⁾.

È questa la linea adottata e sviluppata dalla pubblicistica giuscoloniale negli anni del fascismo. Per uno dei veterani della giuscolonialistica, Umberto Borsi, conviene prendere le distanze

⁽⁵²⁾ A. BRUNIALTI, *L'Italia e la questione coloniale. Studii e proposte*, Milano, Brigola, 1885, p. 2.

⁽⁵³⁾ G. DALLARI, *Guerra e giustizia*, Milano, Treves, 1918, p. 119.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 111.

⁽⁵⁵⁾ ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., pp. 12-13.

dall'ideologia wilsoniana (che vuol far apparire la colonizzazione « come una specie di funzione assistenziale regolata da criteri puramente altruistici » ⁽⁵⁶⁾) ed essere consapevoli che lo Stato colonizzatore mira non tanto ad elevare la condizione degli indigeni « quanto ad attrarli nella cerchia della propria civiltà che, come ogni altra, cresce di valore e d'importanza col crescere del numero degli adepti » ⁽⁵⁷⁾.

La civilizzazione non scompare, ma si sviluppa all'ombra della volontà di potenza dello Stato colonizzatore; è un effetto importante, ma non uno scopo primario dell'annessione e della conquista. Il lemma di riferimento diviene allora, piuttosto che la civilizzazione, l'imperialismo e, in prospettiva, la costruzione dell'impero, ricondotti (ancora per il tramite di Seillère) alla radice antropologica della *libido dominandi* ⁽⁵⁸⁾. Torna al centro la guerra come forza vitale della storia ed espressione necessaria dello Stato ⁽⁵⁹⁾; e in particolare la colonizzazione può essere ricondotta alla volontà di potenza di un'aristocrazia capace di imporre il proprio dominio tanto all'interno quanto all'esterno della compagine nazionale ⁽⁶⁰⁾.

Lo Stato imperiale è tale non in quanto impegnato in un'umanitaria campagna di civilizzazione, ma perché capace di ricondurre alla sua superiore forma di esistenza, ancorché in posizione subordinata, i più diversi popoli e territori ⁽⁶¹⁾. L'essenza dell'imperialismo è l'impegno missionario di una stirpe che, giunta al culmine della sua auto-affermazione, estende la propria civiltà oltre i suoi originari confini ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁶⁾ BORSI, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 9. Questa tesi è già in U. BORSI, *Studi di diritto coloniale*, in « Studi Senesi », XXXIV, 1918, pp. 117-18.

⁽⁵⁷⁾ BORSI, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 8.

⁽⁵⁸⁾ N. CUNEO, *Filosofia dell'imperialismo*, Milano, Corticelli, 1936, p. 7.

⁽⁵⁹⁾ C. CURCIO, *Lo Stato, la guerra e la pace*, in « Lo Stato », III, 1932, pp. 707-714.

⁽⁶⁰⁾ S.M. CUTELLI, *Diritto corporativo e dominazione*, in *Atti del primo congresso di studi coloniali* (Firenze 8-12 aprile 1931), vol. V (iv sezione: giuridica), Firenze, Istituto Superiore di Scienze Sociali e Politiche Cesare Alfieri-Centro di Studi coloniali, 1931, pp. 155-57.

⁽⁶¹⁾ G. NOCERA, *Aspetti geopolitici dell'imperialismo*, in « Geopolitica », III, 1941, 6-7, pp. 413-15.

⁽⁶²⁾ E. GIURCO, *Contenuto e forma dell'Impero*, in « Lo Stato », VII, 1936, 8, pp. 531-40.

Cade allora ogni equivoco legato allo stretto rapporto tradizionalmente instaurato fra colonizzazione e 'civilizzazione'. Concepire infatti la colonizzazione come 'civilizzazione' lascia pensare a un processo il cui esito finale si risolve nell'annullamento delle sue premesse: una volta 'civilizzato', il popolo colonizzato può finalmente aspirare a una sua piena autonomia. Il *tèlos* della civilizzazione finisce per coincidere con l'estinzione della colonizzazione stessa (come in effetti l'ideologia wilsoniana e il 'sistema dei mandati' sembrano far intendere). In realtà, a sdrammatizzare questo esito interveniva, anche per i sostenitori tardo-ottocenteschi della colonizzazione-civilizzazione, il fattore tempo: che permetteva in sostanza di presentare come un obiettivo asintotico il distacco dalla madrepatria di una ormai compiutamente 'civilizzata' colonia.

Se comunque una siffatta ambiguità era implicita nell'endiadi 'colonizzazione-civilizzazione', l'equivoco può finalmente essere evitato nel nuovo sistema imperiale italiano, che comincia a prender forma dopo l'esito vittorioso della guerra di Etiopia: i possedimenti coloniali italiani costituiscono infatti una « colonia imperiale », che è tale in quanto « deve servire allo scopo supremo del potenziamento politico ed economico della Metropoli, alla quale la nuova comunità politica coloniale è conseguentemente destinata a rimanere legata, con esclusione di qualsiasi possibilità di emancipazione o distacco simile a quello dei Domini britannici » (63).

La violenza immanente nel processo di colonizzazione, che la giuscolonialistica dell'età liberale era disposta ad accettare come l'inevitabile scoria di un processo destinato (asintoticamente) all'unificazione del mondo sotto il segno della civiltà europeo-occidentale, esce ora allo scoperto e si propone come l'espressione di una logica nuova: una logica 'imperiale', che non tanto 'esporta' la civiltà, quanto stringe intorno al centro, in posizione subordinata, gli spazi 'esterni'.

Che la civiltà sia 'esportabile' appare una tesi sempre più discutibile. L'antropologo Lidio Cipriani (64) offrirà una dimostra-

(63) G. AMBROSINI, *La natura giuridica dell'Africa orientale italiana*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, Vita e Pensiero, 1938, pp. 24-25.

(64) Su Lidio Cipriani cfr. F. CAVAROCCHI, *La propaganda razzista e antisemita di*

zione (che si vuole scientificamente inoppugnabile) dell'impossibilità di costruire un ponte che permetta al nero africano di avvicinarsi alla civiltà europea. I tratti psichici di un individuo, quindi anche la civiltà nel suo complesso, dipendono dalla razza, mentre non ha alcun fondamento « la convinzione di una perfettibilità umana che urta per lo meno contro tutti i risultati dell'osservazione diretta » (65). Lungi dal progredire, le razze africane sono da tempo vittime di una regressione che le rende « sempre meno adatte non solo ad assimilare una civiltà straniera un po' elevata, ma perfino a conservare la propria » (66). Puntare alla 'civiltà' degli africani è quindi un obiettivo sbagliato perché impossibile: le sorti del continente africano sono legate alla presenza degli europei, i solo capaci di mettere in piedi una civiltà dei cui vantaggi anche i neri possono usufruire nella misura in cui accettano quella collaborazione subordinata cui sono razzialmente predestinati.

La violenza è la componente indispensabile del dominio imperiale, ma questo dominio a sua volta si propone come il centro di irradiazione di una civiltà (tendenzialmente) universale. È obbligata, a questo punto, l'evocazione del modello romano, che in effetti è una sorta di 'metafora ossessiva' della retorica imperiale fascista (67). Che cosa apprendere però dall'esperienza romana a proposito del nesso (coniuntivo o disgiuntivo) fra violenza e civilizzazione? Vale la denuncia desanctisiana della violenza di cui è intessuta la formazione dell'impero romano (68), oppure conviene riconoscere, con il romanista Silvio Perozzi, la funzione storicamente provvida della violenza (69)? Bonfante inclina a ritenere che in realtà Roma si afferma come potenza imperiale in quanto

uno 'scienziato' fascista: il caso di Lidio Cipriani, in « Italia contemporanea », 219, 2000, pp. 193-225.

(65) L. CIPRIANI, *Un assurdo etnico: l'impero etiopico*, Firenze, Bemporad, 1935, p. 45.

(66) Ivi, p. 5.

(67) Cfr. M. CAGNETTA, *Antichisti e impero fascista*, Bari, Dedalo, 1979.

(68) Sul concetto di 'imperialismo' in De Sanctis (e sulla valenza 'contemporanea' con cui il termine viene usato) cfr. G. BANDELLI, *Imperialismo, colonialismo e questione sociale in Gaetano De Sanctis (1887-1921)*, in « Quaderni di Storia », 12, 1980, pp. 83-126 (in particolare p. 108); e G. BANDELLI, *Gaetano de Sanctis fra metodo e ideologia*, in « Quaderni di Storia », 13, 1981, pp. 231-46.

(69) S. PEROZZI, *Critica politica*, Zanichelli, Bologna, 1922, pp. 94 ss.

portatrice di una morale e di un diritto superiori ⁽⁷⁰⁾. È un'opinione che, in una qualche misura, la retorica imperiale fascista sarà disposta a tener presente. Essa infatti, se per un verso non esita a tessere l'apologia della violenza e del suo inevitabile nesso con una imperiale 'volontà di potenza', per un altro verso non è sorda al fascino 'legittimante' che l'antico simbolo o mito della 'civilizzazione' continua a esercitare (per il tramite dal modello romano-imperiale o indipendentemente da esso). Era in sostanza ancora possibile e conveniente ricorrere al tema della 'civilizzazione: bastava togliere ad esso qualsiasi enfasi umanitaria e 'garantistica', evitare l'equivoco di una fine (immaginabile e auspicabile) dei domini coloniali, cancellare l'ipotesi di una qualche unità (originaria o 'finale' del genere umano) e fare della civiltà una variabile dipendente della volontà di potenza della metropoli imperiale.

3. *La sovranità coloniale fra 'norma' ed 'eccezione'.*

L'orizzonte del discorso giuridico coloniale è caratterizzato dal senso della differenza e della gerarchia: si tratta non soltanto di tracciare un solco netto fra aree geograficamente e culturalmente lontane, ma anche di mostrare che il rapporto che fra esse si viene formando non può che essere profondamente asimmetrico, rispecchiando il dislivello di civiltà e di potere che separa l'Occidente dal resto del mondo. Il lemma civiltà/civilizzazione adempie egregiamente a questi compiti. Esso però, proprio perché costituisce la condizione di possibilità del discorso coloniale otto-novecentesco, sollecita l'emersione di problemi ulteriori: non basta dire che la metropoli governa-civilizza la colonia; occorre analizzare le forme del dominio, il regime dei rapporti fra il 'dentro' e il 'fuori', le trasformazioni e gli adattamenti cui la metropoli è costretta nel momento in cui estende il suo raggio d'azione oltre i suoi confini 'naturali'.

La prima e più evidente complicazione riguarda comprensibilmente la dimensione territoriale dello Stato: l'acquisto di una colonia modifica la geografia politico-giuridica dello Stato esistente

⁽⁷⁰⁾ P. BONFANTE, *La morale politica dei Romani*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », VI, 1926, 2, pp. 191-93.

e richiama l'attenzione sul senso, sulla portata, sulle conseguenze di questo mutamento.

È un nodo che viene al pettine proprio agli esordi dell'espansione coloniale italiana, in un dibattito parlamentare cui la dottrina giuridica successiva farà insistente riferimento. La questione è innescata da un decreto del 1° gennaio 1890 che unificava i possedimenti italiani sul Mar Rosso in una colonia unica detta Eritrea. A proposito di questo decreto veniva presentata un'interpellanza da parte dell'onorevole Plebano e su di essa si apriva la discussione nella seduta del 5 maggio 1890 ⁽⁷¹⁾. La posta in gioco era il problema della competenza del Parlamento, che il deputato Ferrari rivendicava ai sensi dell'art. 5 dello Statuto, invitando di conseguenza il governo a sottoporre il decreto del gennaio 1890 all'approvazione della Camera ⁽⁷²⁾.

Il perno dell'argomentazione è appunto l'art. 5 dello Statuto, che impone di sottoporre all'approvazione del Parlamento i trattati che comportino un onere finanziario o una variazione territoriale: con la formazione della colonia Eritrea è stato ampliato ed è quindi mutato il territorio nazionale — questo è il ragionamento di Ferrari — e il Parlamento deve pronunciarsi in merito. È però corretto parlare di una modificazione del territorio nazionale quando è in gioco l'acquisizione di un territorio coloniale? La risposta di Crispi è negativa: le colonie sono una realtà 'esterna', che non incide sulla struttura e sull'identità dello Stato nazionale, e proprio per questo non ricadono nella previsione dell'art. 5 dello Statuto ⁽⁷³⁾.

Il 'fuori' e il 'dentro', ancora una volta: per Crispi, l'esteriorità della colonia è netta e radicale, tanto che il deputato Baccharini, per ridurre *ad absurdum* la posizione crispina, ipotizza che allora dovremmo sdoppiare la sovranità, a seconda del territorio su cui essa esercita ⁽⁷⁴⁾. Nell'immediato, Crispi ottiene l'assenso del par-

⁽⁷¹⁾ *L'Africa italiana al Parlamento nazionale, 1882-1905: riassunto delle discussioni avvenute al Parlamento, e delle interpellanze, interrogazioni, disegni di legge, bilanci, relazioni, documenti, documenti, su argomenti riguardanti le colonie italiane d'Africa*, a cura della Direzione generale degli affari coloniali del Ministero degli Affari Esteri, Roma, Unione Cooperativa Editrice, 1907, pp. 194 ss.

⁽⁷²⁾ Ivi, p. 196.

⁽⁷³⁾ Ivi, pp. 203 ss.

⁽⁷⁴⁾ Ivi, p. 205.

lamento, ma il problema torna a essere discusso già nel 1891, nella tornata del 17 marzo, in conseguenza di una mozione Borghi, che richiede, invano, il riconoscimento esplicito della competenza parlamentare in materia di trattati che importino una modificazione dei possedimenti coloniali del paese. La questione si sarebbe trascinata a lungo. Ancora nel 1903, nella seduta del Senato del 13 maggio, il senatore Pierantoni tornava a difendere la tesi della competenza parlamentare in ragione dell'appartenenza integrale del territorio coloniale al territorio dello Stato, mentre il ministro degli esteri Morin, se per un verso dichiarava di condividere la tesi di Pierantoni, per un altro verso sollevava un problema e indicava una contraddizione: se il territorio coloniale fosse davvero parte integrante del regno, allora occorrerebbe che la colonia godesse di una rappresentanza elettiva in Parlamento ⁽⁷⁵⁾.

Fino a che punto è possibile superare la dualità costitutiva dell'esperienza coloniale e giocare la carta dell'unità fondamentale dell'ordinamento? Oppure, al contrario, insistere sull'unità conduce a conseguenze politicamente e giuridicamente insostenibili? È questo il problema di fondo che attraversa l'intera riflessione giuscoloniale otto-novecentesca. Certo, nel dibattito parlamentare degli anni Novanta il problema teorico era immediatamente funzionale ad una 'decisione' politico-costituzionale di grande rilievo: il primato del Parlamento o piuttosto dell'esecutivo in materia coloniale. Naturalmente, si trattava di un problema di fondo e non di una superficiale ed occasionale tensione fra i diversi poteri dello Stato. Il dibattito parlamentare era però a sua volta l'espressione di un disagio e di un problema di notevole spessore teorico-giuridico che la dottrina coeva non manca di affrontare: il problema del rapporto fra Stato e territorio.

Il problema è teoricamente complicato perché investe la definizione dello Stato e dei suoi elementi costitutivi. E una riprova della delicatezza della questione può essere offerta dal travaglio teorico di un giurista della statura di Santi Romano.

⁽⁷⁵⁾ Ivi, pp. 710 ss. Una critica della posizione di Crispi in V. MICELI, *Il trattato Italo-etiope e il diritto pubblico italiano*, Perugia, Santucci, 1890. Per una ricostruzione precisa ed esauriente del dibattito cfr. M. CARVALE, *Prerogativa regia e competenza parlamentare in politica estera: l'interpretazione dell'art. 5 dello Statuto albertino*, in «Storia e politica», XVII, 1978, 3, pp. 405-447.

Romano esordisce affermando il carattere integralmente ‘italiano’ del territorio della Colonia Eritrea. A separare la colonia dalla madrepatria interviene non già la reciproca estraneità dei rispettivi territori, bensì la diversità dell’ordinamento giuridico. Niente vieta che lo Stato italiano promulghi leggi diverse per territori diversi, come è avvenuto transitoriamente per il Veneto e per la provincia di Roma. *Nihil obstat* quindi a che l’Eritrea venga considerata « parte integrante del territorio, anzi dello Stato italiano » (76).

In realtà, la netta opzione romaniana per una considerazione unitaria del territorio ‘nazionale’ avrebbe ceduto il posto, di lì a pochi anni, ad una più sofferta e raffinata analisi. Alla radice del ripensamento è il prevalere di una diversa considerazione del rapporto fra Stato e territorio; un territorio concepito non già come una mera delimitazione spaziale, il perimetro che delimita la zona di esercizio della sovranità, ma come un elemento costitutivo dello Stato stesso: il diritto sul territorio non è allora un diritto su un oggetto ‘esterno’, ma deve essere piuttosto inteso come un diritto della persona ‘Stato’ su se stesso (77).

Occorrerà tener presente, sullo sfondo, l’orientamento prevalente nella coeva dottrina tedesca, intenzionata a segnare una netta differenziazione fra il territorio dello Stato e il territorio coloniale. Valga l’esempio della teoria jellinekiana dei ‘frammenti di Stato’: mentre al centro lo Stato si presenterebbe come sintesi di tutti i suoi elementi costitutivi, nelle periferie coloniali lo Stato eserciterebbe la sua sovranità su una popolazione e su un territorio che restano rispetto alla metropoli un mero oggetto ‘estrinseco’ (78). È un orientamento — affermatosi in Germania con molte varianti ma sostanziale unità d’intenti — che deve essere ricondotto alla specifica ‘politica coloniale’ di quel paese, senza peraltro dimenticare uno sfondo che può aver pesato sull’accentuazione della separazione fra la metropoli e la colonia: quella tradizione (*lato sensu*) ‘organicistica’ che presentava lo Stato come l’espressione politico-

(76) S. ROMANO, *Sui cosiddetti ‘Staatsfragmente’* (1898), ora in S. ROMANO, *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 44.

(77) S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato* (1902), in ID., *Scritti minori*, vol. I, cit., pp. 167-77,

(78) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Häring, 1905, pp. 632 ss.

istituzionale di un popolo storicamente determinato (e peraltro una difficoltà consimile, anche se certo di minor peso, può essere rinvenuta nella dottrina italiana, nella misura in cui essa si faccia ancora impressionare dal nesso — risorgimentale e poi manciniano — fra ‘nazione’ e ‘Stato’).

Quali che siano comunque gli influssi e le ascendenze culturali di Santi Romano, la sua posizione resta invariata nel suo nucleo essenziale e trova una sua più ampia espressione nel *Corso* del 1917. Per Romano, lo Stato ha un diritto sul suo territorio, che però non è un elemento indifferente ed estrinseco rispetto alla natura dello Stato. Se, per un verso, il diritto che ha lo Stato sul suo territorio può essere considerato un diritto reale, in ragione del suo potere di esclusione *erga omnes*, per un altro verso, dato il rapporto di stretta compenetrazione fra Stato e territorio, il diritto dello Stato sul territorio deve essere configurato come un diritto che lo Stato ha su « su uno dei suoi elementi, da cui risulta la sua struttura »⁽⁷⁹⁾. Se però guardiamo non al territorio metropolitano, ma al territorio coloniale, la premessa da cui muovere è il « principio della mancata fusione della metropoli con la colonia » e la conclusione obbligata è presentare il territorio coloniale come « oggetto di un vero diritto reale pubblicistico », non diversamente da quanto accadeva con lo Stato patrimoniale, concepito « come l’oggetto di un diritto del sovrano »⁽⁸⁰⁾.

Certo, la posizione di Romano resta piuttosto isolata nel panorama del sapere giuridico coevo, orientato ad una decisa parificazione del territorio coloniale con il territorio metropolitano. Per Forti, una volta ammesso, con Romano, un diritto dello Stato sul territorio, diviene impossibile individuare una diversa natura giuridica di questo diritto, a seconda che esso assuma ad oggetto il territorio metropolitano o quello coloniale⁽⁸¹⁾. Analogamente Mariano D’Amelio — un ottimo conoscitore della realtà e delle istituzioni giuridiche coloniali — opta decisamente per la soluzione ‘unitaria’⁽⁸²⁾: ogni territorio dove sventoli la bandiera italiana deve

⁽⁷⁹⁾ ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 122.

⁽⁸⁰⁾ Ivi, pp. 122-23.

⁽⁸¹⁾ U. FORTI, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in ID., *Studi di diritto pubblico*, Roma, Soc. Ed. del Foro It., 1937, pp. 195-222.

⁽⁸²⁾ M. D’AMELIO, *L’ordinamento giuridico della colonia eritrea* (estratto dalla

esser considerato parte integrante dello Stato italiano, senza temere che una siffatta soluzione implichi l'annullamento delle differenze che devono continuare a sussistere fra l'ordinamento della metropoli e l'ordinamento delle colonie ⁽⁸³⁾. Infine, l'accurata monografia che Carlo Schanzer dedica al tema ⁽⁸⁴⁾ ribadisce la tesi 'unitaria', destinata a divenire *opinio* sostanzialmente *communis*. Possiamo affidare alle parole di Umberto Borsi un'equilibrata formulazione riassuntiva dello stato della questione: la colonia è in un rapporto con la madrepatria non già di *annessione* (che implicherebbe un processo di parificazione e di annullamento della differenza), bensì di semplice *connessione*; si tratta insomma di un rapporto organico fra parti « di uno stesso stato dotate di ordinamenti diversi » ⁽⁸⁵⁾.

Prevale dunque il 'partito dell'unità': la tesi dell'integrale appartenenza del territorio coloniale al territorio dello Stato. Il successo della tesi unitaria non deve però far dimenticare l'esigenza di cui la teoria romaniana era espressione: l'esigenza di prendere sul serio l'irriducibile distanza che separa la colonia dalla metropoli. È questo il tema di fondo con il quale il sapere giuridico non può non misurarsi, dal momento che esso non si manifesta soltanto a proposito di alcune questioni specifiche (per ciascuna delle quali non è impossibile l'approntamento di una tesi 'unitaria'), ma riguarda la struttura profonda dell'esperienza coloniale.

È il rapporto fra il 'dentro' e il 'fuori' il paradigma costitutivo del sapere giuscoloniale: un paradigma che sorregge l'impostazione e la soluzione tanto dei problemi teorici quanto delle specifiche questioni politico-costituzionali. Fra queste ultime, domina l'esigenza (non a caso emersa, come ho ricordato, nella discussione parlamentare degli anni Novanta) di individuare l'organo costituzionale competente in materia coloniale. Questo problema non era ovviamente soltanto italiano, ma era stato affrontato e variamente risolto dalla Francia, dall'Inghilterra, dalla Germania e in genere da

Enciclopedia Giuridica Italiana, vol. III, p. 2, sez. II), Milano, Società editrice libraria, 1911, pp. 78-79

⁽⁸³⁾ M. D'AMELIO, *Per l'ordinamento giuridico della Tripolitania e della Cirenaica*, in « Rivista di diritto pubblico », IV, 1912, pp. 8-9.

⁽⁸⁴⁾ C. SCHANZER, *L'acquisto delle colonie e il diritto pubblico italiano*, Roma, Loescher, 1912.

⁽⁸⁵⁾ BORSI, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 41.

ogni potenza coloniale, in un periodo in cui il rapporto fra il Parlamento e l'Esecutivo costituivano un problema politico-costituzionale particolarmente delicato.

L'orientamento che nella dottrina italiana finisce per prevalere è a favore del Parlamento. In realtà, non sono mancate prese di posizione che miravano ad affermare un'originaria competenza dell'esecutivo in materia coloniale. Si è invocato a questo scopo l'art. 82 dello Statuto albertino, che attribuiva all'esecutivo l'onere di fronteggiare con decreti reali le urgenze nel momento di trapasso dagli ordinamenti antecedenti al nuovo Regno d'Italia ⁽⁸⁶⁾. Una soluzione diversa e più articolata era stata proposta da Racioppi nel suo commentario allo Statuto. Racioppi distingueva fra i vari stadi nei quali si sviluppa l'espansione coloniale. Dopo una prima fase, coincidente con l'occupazione militare e legata al carattere 'eccezionale' dello stato di guerra, segue una fase in cui al potere militare subentra il governo civile, che, trovandosi ad agire in un settore non ancora regolato da norme legislative, è investito del potere di disciplinare giuridicamente il territorio coloniale finché il potere legislativo non provveda in merito ⁽⁸⁷⁾. Si riferisce invece alla facoltà regolamentare tipica dell'esecutivo Federico Cammeo, per legittimare la potestà normativa in materia coloniale, tanto da affermare che « il potere di dettare norme giuridiche nelle colonie [è] naturalmente inerente al governo, e così le leggi che lo riconoscono interpretano il diritto vigente anziché rinnovarlo » ⁽⁸⁸⁾.

Si tratta di un nodo delicato e complicato, se si pensa che nella crisi di fine secolo e nella stretta repressiva che la caratterizzava si giocava una difficile partita politico-giuridica proprio intorno al problema dei decreti legge, dello stato d'assedio, del concetto di

⁽⁸⁶⁾ F. P. CONTUZZI, *Trattato di diritto costituzionale*, Torino, Unione Tipografica-Editrice, 1895, pp. 408-409.

⁽⁸⁷⁾ F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno, vol. I (Dall'Art. 1 all'Art. 23)*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1909, pp. 293 ss.

⁽⁸⁸⁾ F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge ed ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, Soc. Editrice Libreria, 1901, vol. III, p. 170. Sul saggio di Cammeo e in generale sulla sua riflessione amministrativistica cfr. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 385 ss.

‘necessità’ come fondamento giustificativo di interventi ‘extra ordinem’. Ed è significativo che anche Cammeo, che pure attaccava le implicazioni antigarantistiche del concetto di necessità (impiegato per legittimare la prevalenza della *salus publica* sulle ragioni dell’individuo ⁽⁸⁹⁾) e perseguiva lucidamente il « disegno di uno Stato giuridico fondato sulle libertà » ⁽⁹⁰⁾, valorizzasse la ‘separatezza’ e la ‘eccezionalità’ dell’esperienza coloniale, sostenendo la « impossibilità giuridica e di fatto di estendere alle colonie il regime parlamentare » ⁽⁹¹⁾.

Il dibattito è dunque intenso e il cammino tortuoso ⁽⁹²⁾, ma l’esito finale vede in effetti la prevalenza della tesi ‘filo-parlamentare’. Per Mariano D’Amelio, che affronta il problema a proposito della colonia Eritrea, la soluzione costituzionale che si è affermata, sia pure dopo un iter complicato e contraddittorio, fa dell’Eritrea non una ‘colonia della corona’ (per usare la terminologia inglese), ma una ‘colonia del parlamento’ ⁽⁹³⁾. Lo stesso Romano, pur minoritario sostenitore della separatezza della colonia e della peculiarità del dominio coloniale, adotta la tesi della competenza del legislativo in materia coloniale, concludendo che « la regola [...] che vige nel diritto italiano è che il potere legislativo ordinario è il solo competente a regolare giuridicamente le colonie » ⁽⁹⁴⁾.

È il parlamento dunque che, per la madrepatria come per le colonie, si propone come la matrice da cui dipendono la formazione e la trasformazione dell’ordinamento giuridico. Potremmo allora concludere che, sul piano della rappresentazione politico-costituzionale, domina il senso di un’unità che trova nel primato del Parlamento e nella supremazia della legge — uno degli elementi

⁽⁸⁹⁾ Cfr. G. CIANFEROTTI, *Gli scritti giovanili di Federico Cammeo (1892-1899)*, in « Quaderni Fiorentini », 22, 1993, pp. 153 ss.; M. FIORAVANTI, *I presupposti costituzionali dell’opera giuridica di Federico Cammeo*, ivi, pp. 165-204.

⁽⁹⁰⁾ N. MARZONA, *Cammeo giurista ‘puro’ e giurista ‘pratico’ nei commenti alla giurisprudenza*, ivi, p. 395.

⁽⁹¹⁾ CAMMEO, *Della manifestazione*, cit., p. 170.

⁽⁹²⁾ Cfr. M. COMBA, *La potestà legislativa nei riguardi delle colonie*, Torino, Bocca, 1930.

⁽⁹³⁾ D’AMELIO, *L’ordinamento giuridico della colonia eritrea*, cit., p. 69.

⁽⁹⁴⁾ ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 146.

costitutivi del moderno 'Stato di diritto' — il suo definitivo suggello.

Si tratterebbe però di una conclusione affrettata. Proprio gli autori che enunciano la regola del primato del parlamento la sottopongono anche a decisivi temperamenti ed eccezioni. Certo, la colonia Eritrea può essere considerata — scrive Mariano D'Amelio — una 'colonia del parlamento'. Occorre però subito aggiungere che, in materia coloniale, il potere legislativo ha « delegato la maggior parte delle sue facoltà all'esecutivo; sicché i decreti che questo, in forza di quella delega, emana in materia non regolamentare, sono veri decreti legislativi, non soggetti a conversione in legge ». L'importanza di questa operazione è messa in evidenza in una nota che conviene leggere con attenzione: « i decreti legislativi coloniali rappresentano un tipo singolare di atti di governo. Concessa la facoltà di legiferare in colonia, il Parlamento si è spogliato completamente dei suoi poteri per quanto si riferisce al contenuto delle leggi da pubblicare. Il Parlamento ignora ufficialmente come si sia eseguito il mandato. È una delle delegazioni più complete che si conosca, anche perché non ha limiti di tempo. Sotto questo punto di vista, si può dire che in colonia viga il governo assoluto » ⁽⁹⁵⁾.

Il parlamento, in materia coloniale, è un potere tanto supremo quanto evanescente: la delega all'Esecutivo è tendenzialmente completa e illimitata, al punto da indurre il nostro giurista ad un'affermazione impegnativa e sorprendente: in colonia vige « il governo assoluto ». Si tratta, di nuovo, di un profilo discusso dalla giuscolonialistica non solo italiana, ma anche transalpina e in particolare francese, impegnata da tempo a commentare variamente il cosiddetto 'regime dei decreti'. Lo stesso Romano, dopo aver enunciato la regola della competenza del legislativo in materia coloniale, si affretta ad aggiungere che « ciò nonostante, la massima parte delle disposizioni che concernono le nostre colonie sono emanate dal potere esecutivo » ⁽⁹⁶⁾. I supporti giuridici di questo fenomeno sono molteplici (dalla competenza del re in materia internazionale alla delegazione da parte del potere legislativo, alla generale potestà propria del potere esecutivo) ma la sua radice è univoca: il carattere

⁽⁹⁵⁾ D'AMELIO, *L'ordinamento giuridico della colonia eritrea*, cit., p. 71.

⁽⁹⁶⁾ ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 146.

peculiare del governo della colonia, che impone il superamento di una struttura caratteristica dell'ordinamento metropolitano quale la divisione dei poteri. « Nelle colonie infatti non sussiste quella rigida e netta separazione dei tre poteri, amministrativo, legislativo e giurisdizionale, che costituisce la base fondamentale del moderno Stato di diritto » (97).

Per le colonie il primato del parlamento trascolora in un effettivo protagonismo dell'esecutivo, all'insegna della sospensione (data per inevitabile) di quella divisione dei poteri assunta come chiave di volta dello Stato di diritto dalla costituzionalistica ottocentesca. La percezione della costitutiva dualità del sapere giuscoloniale emerge ora in tutta la sua portata: se, per un verso, il primato del legislativo viene mantenuto come elemento di sutura fra il centro e la periferia, per un altro verso il ruolo dell'esecutivo viene fortemente sottolineato e giustificato come un necessario tributo alla peculiarità della colonizzazione.

Vige in colonia il governo assoluto, scriveva D'Amelio; è adattabile alla colonia l'antica immagine dello Stato patrimoniale, suggeriva Romano. Stato assoluto, Stato patrimoniale: le forme politiche dell'*ancien régime*, ormai impresentabili nella metropoli, sono le istituzioni più consone all'ordinamento coloniale. L'opposizione fra civiltà e non civiltà si precisa ora, nello specchio della sovranità, come rapporto fra Stato di diritto e Stato assoluto. La diagnosi dei giuristi del primo Novecento è peraltro confermata dall'osservazione di uno storico nostro contemporaneo, per il quale « la colonie est le conservatoire de formes d'exercice de l'autorité qui, en Europe, sont liées aux Anciens Régimes » (98). La singolarità della situazione è però che quel rapporto fra assolutismo monarchico e Stato di diritto, che nella metropoli si era disposto lungo l'asse della diacronia, si colloca ora, nell'esperienza coloniale, lungo l'asse della sincronia: guardata dall'angolo visuale della giuscolonialistica, la sovranità moderna non è un monolite omogeneo, ma è un materiale composito, prodotto dal tentativo di tenere insieme esigenze e finalità oggettivamente divergenti.

(97) Ivi, p. 142.

(98) P. GUILLAUME, *Le monde colonial*, Paris, Armand Colin, 1999, p. 128.

Certo, nel corso del tempo, una siffatta tensione è destinata in Italia ad attenuarsi, nella misura in cui la cultura giuridica — pur con tutte le prudenze e i gradualismi di cui essa dà prova negli anni Venti e Trenta — è testimone (e spesso partecipe) delle trasformazioni politico-istituzionali che stanno prendendo campo all'interno della metropoli. Quella tensione fra 'eccezione' e 'regola', che aveva motivato l'appassionata difesa dello Stato di diritto (metropolitano) da parte di Cammeo, si stava attenuando o addirittura rovesciando di segno: una prima avvisaglia (o, se si preferisce, prova generale) si era già manifestata con la 'legislazione di guerra', mentre la decisiva svolta viene impressa da quella legge Rocco che, con l'aria di razionalizzare una tradizione ormai invalsa, in realtà attribuiva all'esecutivo una nuova e incisiva funzione normativa.

Potrebbe dirsi che la forbice fra colonia e metropoli, almeno da questo punto di vista, tendeva a ridursi, almeno nel senso che in entrambi i casi dominava l'esigenza di controllare-governare i soggetti, quali che fossero i mezzi istituzionali volta a volta impiegati. In realtà, la forbice resta (o addirittura si allarga) e continua a riguardare le componenti essenziali della sovranità: non solo la legislazione e l'amministrazione⁽⁹⁹⁾ (e il regime della loro connessione-distinzione), ma anche la giurisdizione⁽¹⁰⁰⁾.

Prosegue in sostanza, sul fronte della giurisdizione, il processo di erosione o di superamento di quel principio di divisione dei poteri che continuava ad essere presentato come un profilo ancora significativo dello Stato metropolitano. Per quanto riguarda la giurisdizione, le linee di una politica giudiziaria adeguata alle peculiari esigenze della realtà coloniale sono efficacemente com-

⁽⁹⁹⁾ Su diversi aspetti dell'amministrazione coloniale cfr. N. LABANCA, *L'amministrazione coloniale fascista. Stato, politica e società*, in *Il regime fascista. Storia e storiografia*, a cura di A. Del Boca, M. Legnani e M.G. Rossi Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 352-95; A. VOLTERRA, *Amministrazione e giustizia alle origini della Colonia Eritrea (1882-1886)*, in « Clio », XXXI, 1995, 2, pp. 199-222; A. VOLTERRA, *Verso la Colonia Eritrea: la legislazione e l'amministrazione (1887-1889)*, in « Storia contemporanea », XXVI, 1995, 5, pp. 817-50; E. CAPUZZO, *Sulla giustizia amministrativa nelle colonie italiane*, in « Clio », XXXII, 1996, 2, pp. 233-50; N. LABANCA, *Oltremare. Storia dell'espansione coloniale italiana*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 310 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Sul problema dell'esercizio del potere giurisdizionale in colonia è fondamentale L. MARTONE, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Napoli, Jovene, 2002.

pendiate dal giudice Ciamarra: l'intero ordinamento della giustizia coloniale deve ispirarsi « alla massima concisione di prescrizioni e spigliatezza di attuazione, sorvolando su tante formalità di procedura, illogiche e contrarie alla rapidità dei giudizi »⁽¹⁰¹⁾. La giustizia deve essere pronta ed efficace perché è in essa che, per la mentalità 'primitiva' degli indigeni, si concentrano il simbolo e la realtà del potere: « nella giustizia i popoli primitivi vedono infatti la manifestazione più alta e più concreta dell'autorità [...]. Più che nel legislatore, lo Stato per essi si impersona quindi nel giudice »⁽¹⁰²⁾.

Scricchiola la parete divisoria che separa le funzioni dell'amministratore e del giudice⁽¹⁰³⁾ (secondo una tendenza peraltro diffusa nelle esperienze coloniali di tutti gli Stati europei): se 'giudicare' è in sostanza l'altra faccia del 'governare', la formalistica differenziazione dei ruoli non può che attenuarsi a vantaggio di un obiettivo funzionale, che coincide con l'efficace controllo del comportamento dei 'nativi'.

Occorre fare i conti con realtà incommensurabili con lo stile di vita e i valori della metropoli: è inevitabile quindi non solo semplificare le procedure, allentare i vincoli 'garantistici' e superare le rigidità caratteristiche dello Stato di diritto, ma anche attribuire alla sentenza del giudice un peso specifico diverso.

« Fra le fonti del diritto coloniale — scrive Cucinotta nel suo diffuso manuale — bisogna annoverare [...] la giurispruden-

⁽¹⁰¹⁾ G. CIAMARRA, *La giustizia nella Somalia. Raccolta di giurisprudenza coloniale*, Napoli, Francesco Giannini, 1914, p. 16. Nello stesso senso si pronuncia Mario D'Amelio: « Sarà indispensabile, poi, che tutti i giudizi si svolgano in forma rapida e sommaria, senza le sorprese procedurali, i tranelli delle nullità, ecc., che rendono così malagevole e lunga presso i popoli occidentali la amministrazione della giustizia, ed ogni giorno la fanno apparire più enigmatica al popolo, che deve invocarla » (*Per l'ordinamento giuridico della Tripolitania e della Cirenaica*, cit., p. 18). Cfr. L. MARTONE, *Magistrati italiani nella colonia eritrea. Immagini d'Africa e riflessioni giuridiche (1886-1941)*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di A. Padoa Schioppa, G. Di Renzo Villata e G.P. Massetto, Milano, Giuffrè, 2003, vol. II, pp. 1393-95.

⁽¹⁰²⁾ ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 196.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. ad esempio BORSI, *Corso di diritto coloniale*, cit., pp. 271-73, sul ruolo del governatore.

za »⁽¹⁰⁴⁾. La giurisprudenza come fonte del diritto: si tratta di un'affermazione che, applicata alla realtà metropolitana, suonerebbe audace se non eversiva agli orecchi di una dottrina giuridica ancora largamente attestata su posizioni tradizionalmente 'positivistiche' e 'legalistiche'. Per valutare appieno la portata di questa ulteriore 'differenza' fra il 'dentro' e il 'fuori', fra la metropoli e la colonia, occorre tener presente lo scarso seguito ottenuto nella dottrina giuridica italiana del primo Novecento dalle critiche giuriberistiche all'immagine positivista del giudice 'automa'. Il giudice è ancora, per la grande maggioranza dei giuristi italiani dell'epoca, l'autore di una sentenza assimilabile a un 'sillogismo', alla meccanica deduzione della conseguenza (la decisione) dalla premessa (la norma codicistica). Non mancano, certo, voci dissenzienti, che però non riescono a incrinare il compatto fronte 'legalistico-positivistico' della cultura giuridica italiana.

Risalta allora su questo sfondo la funzione profondamente diversa attribuita negli stessi anni alla giurisprudenza coloniale. Già esplicite disposizioni legislative per l'Eritrea (l'art. 6 del R.D. 5 maggio 1892, n. 270 e l'art. 2 della legge 24 maggio 1903, n. 205) avevano conferito alla giurisprudenza il ruolo di una vera e proprio fonte di diritto; ma ancora più clamoroso appare l'art. 1 delle norme complementari dell'ordinamento giudiziario per la Tripolitania e la Cirenaica, approvato con R.D. luogotenenziale del 15 aprile 1917, n. 938, secondo il quale « nell'adattare le leggi alle condizioni locali, il giudice deve con la sua decisione fissare il principio che meglio disciplini i rapporti controversi, apportando alle leggi quelle modificazioni che, se egli fosse stato legislatore, avrebbe stabilite per regolare gli stessi rapporti di diritto ».

Vale per la giurisprudenza libica la celebre formula impiegata dall'art. 1 al. 2 del Codice Civile Svizzero del 1907⁽¹⁰⁵⁾: una formula che consacra e legittima la portata costruttiva e innovativa della prassi giurisprudenziale, ma che certo non era stata accolta

⁽¹⁰⁴⁾ E. CUCINOTTA, *Diritto coloniale italiano*, Roma, Soc. ed. del Foro Italiano, 1933², p. 56.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. P. CARONI, *Anton Menger ed il codice civile svizzero del 1907*, in « Quaderni Fiorentini », 3-4, 1974-75, pp. 273-318; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 76 ss.

con particolare favore dall'*opinio communis* dei giuristi italiani dell'epoca. È vero che nel successivo ordinamento giudiziario delle colonie libiche (R.D. 25 ottobre 1928, n. 3497) viene passato sotto silenzio proprio il capoverso che accostava audacemente il 'giudice' al 'legislatore', ma non basta questa rinnovata *pruderie* positivistica del legislatore a mutare l'orientamento della dottrina, che anzi critica come eccessivo lo scrupolo legalistico del legislatore e auspica una rinnovata fiducia nell'intervento creativo del giudice coloniale, capace di esercitare di fatto « in quelle nostre colonie lo stesso ufficio dell'antico Pretore, interpretando, correggendo ed ampliando il diritto per adattarlo [...] alle condizioni politiche e sociali » delle realtà coloniali ⁽¹⁰⁶⁾.

Le colonie sono una realtà 'altra' e non si può pretendere di governarle spendendo un patrimonio di principi e di strumenti incompatibile con il dualismo costitutivo dell'esperienza coloniale.

4. *Il governo dei sudditi e il 'sistema delle differenze'.*

Civiltà/inciviltà, metropoli/colonia, 'interno'/'esterno': queste, ed altre consimili, coppie opposizionali, che segnano il campo del sapere giuscoloniale, hanno un carattere non già statico ma dinamico, perché postulano un rapporto di intervento attivo di un polo sull'altro, un rapporto che coincide in sostanza con la storia dell'espansione coloniale. È un rapporto asimmetrico, come ogni rapporto di dominio; è un rapporto che trae dal nesso 'civiltà-civilizzazione' la propria legittimazione ed imprime alla sovranità (alla teoria e alla pratica della sovranità) una torsione peculiare, in funzione del controllo e del governo delle realtà 'esterne'.

Da entrambi i punti di vista, comunque, il nodo che torna sempre al pettine è come trattare (accettare, rimuovere, trasformare) le differenze che separano la metropoli dalla colonia. Occorre 'civilizzare'. Quali sono però i contenuti effettivi di questa parola d'ordine? Quali sono le politiche, le strategie di governo congruenti

⁽¹⁰⁶⁾ CUCINOTTA, *Diritto coloniale italiano*, cit., pp. 58-59. In questo senso anche A. RAVIZZA, *Aspetti della giurisprudenza coloniale italiana*, in *Atti del primo congresso di studi coloniali* (Firenze 8-12 aprile 1931), vol. V (IV sezione: giuridica), cit., pp. 196-215.

con l'imperativo della civilizzazione, ma al contempo compatibili con le istanze di dominio inscindibili dal processo di colonizzazione?

La risposta a queste impegnative domande passa attraverso un luogo retorico, cui ogni trattazione giuscoloniale paga il suo tributo: la distinzione fra tre (ipotizzate) formule di governo coloniale, etichettate rispettivamente come 'assoggettamento', 'assimilazione', 'autonomia'.

L'assoggettamento viene per lo più presentato come la forma più arcaica e rozza di dominio coloniale: preponderante fino alle rivoluzioni di fine Settecento, esso concepisce la colonizzazione come un rapporto di mero sfruttamento della colonia in funzione degli interessi economici e politici della potenza coloniale. Come si intende facilmente, siamo al di qua dello schema della 'civilizzazione'. Proprio per questo l'assoggettamento viene presentato, dalla colonialistica fra Otto e Novecento, come il relitto di un passato ormai sepolto da una 'modernità' coloniale univoca nel riconoscere agli Stati europei il diritto-dovere della 'civilizzazione' e divisa semmai nella valutazione e nell'adozione dei mezzi più adeguati a questo scopo: assimilazione, appunto, *vs.* autonomia.

L'assimilazione è la strategia che si presume coltivata a preferenza dalla Francia, memore del messaggio egualitario ed universalistico della sua rivoluzione. L'obiettivo è in questo caso la progressiva riduzione della distanza fra colonia e metropoli, ottenuta estendendo alla seconda i principi, i valori, le norme, il sistema dei diritti e dei doveri caratteristi della prima. L'autonomia è invece la formula preferita dalla Gran Bretagna e si impernia sul mantenimento delle istituzioni locali, sulla promozione dell'autogoverno della colonia (controllata 'dall'esterno', piuttosto che governata direttamente), nella convinzione che per questa via la colonia si apra spontaneamente alla superiore civiltà della metropoli. La libertà-autonomia degli inglesi, insomma, contro l'*égalité* rivoluzionaria.

In realtà questo schema, per quanto ripetitivamente evocato dai giuscolonialisti italiani, è per lo più presentato da loro stessi come un modello puramente orientativo. È diffusa ormai la consapevolezza della grande varietà — una varietà di cui l'odierna storiografia fornisce prove *ad abundantiam* — degli ordinamenti coloniali (sia

inglesi che francesi), difficilmente riconducibili ad una dicotomia così netta.

Che poi si parli di assimilazione o di autonomia, resta al fondo di queste due diverse strategie un'ambiguità fondamentale, inseparabile da quella 'civiltà' che si dichiara di perseguire, ma non per questo meno imbarazzante: tanto l'assimilazione quanto l'autonomia, se prese sul serio, non possono che condurre al distacco della colonia dalla metropoli e quindi alla fine dell'esperienza coloniale. Certo, è sempre a disposizione un *escamotage*: relegare questo traumatico momento in un lontano futuro. La previsione della propria fine da parte del colonialismo europeo (con buona pace dell'idealismo wilsoniano) continua però ad apparire un'ipotesi tutt'altro che gradita, almeno alla maggioranza degli addetti ai lavori.

Occorre poi fare i conti con un ulteriore elemento di ambiguità, messo in luce dall'autorevole trattazione di Girault: quali sono i soggetti che si intendono assimilare? I coloni o i colonizzati? Esiste, certo, un delicato problema di rapporto fra i cittadini-coloni e la metropoli, ma è pur sempre un problema profondamente differente da quello che attiene al rapporto fra cittadini-coloni e cittadini metropolitani, da un lato, e nativi, dall'altro lato: « l'assimilation des colonies est si peu celle des indigènes qu' en Algérie le refoulement de ces derniers a été précisément demandé par les colons qui voulaient assimiler complètement ce pays à la France » (107).

Quando è in gioco il principale e più intricato problema — il rapporto con i 'selvaggi' — sembra difficile credere fino in fondo, per un verso, all'opportunità, per un altro verso, alla possibilità di una strategia 'assimilatrice'. Dal primo punto di vista è ancora Santi Romano a mettere il dito sulla piaga, ricordando che la componente dell'assoggettamento è inseparabile dal dominio coloniale, dal momento che nessun Stato è donchisciottesamente disposto a erogare mezzi e risorse ad esclusivo vantaggio di altri (108).

È comunque sul secondo punto (l'effettiva possibilità di azzerare le distanze che separano i 'selvaggi' dai 'civili') che si moltiplicano i dubbi, anche all'interno della cultura giuridica francese

(107) GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, cit., p. 51.

(108) ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 107.

(cui era tradizionalmente imputato il modello dell'assimilazione), e, a maggior ragione, nel sapere giuscoloniale italiano, che sempre più frequentemente (e poi sistematicamente con il fascismo) ama attaccare, con la strategia dell'assimilazione, l'esecrato mito dell'egualianza dei soggetti.

L'assimilazione deve cedere il posto al senso di una differenza culturale e di un dislivello di civiltà che conviene assumere come un dato che non è né possibile né conveniente tentare di rimuovere. Anche in Francia, peraltro, si moltiplicano le prese di distanza dal vecchio schema dell'«assimilazione». Occorre essere consapevoli, secondo Paul Giran (un buon conoscitore della realtà coloniale), delle differenze fra culture: non si dà una morale universale; le nozioni, per noi basilari ed evidenti, di proprietà, di libertà e di responsabilità, e l'idea stessa di un soggetto separato dal suo gruppo di appartenenza, appaiono difficilmente comprensibili per culture diverse dalla nostra⁽¹⁰⁹⁾. L'obiettivo della colonizzazione allora non è più l'assimilazione, l'azzeramento delle differenze, ma è la « mise en valeur » del territorio coloniale, che a sua volta presuppone il raggiungimento del fine primario dell'ordine e della pace sociale⁽¹¹⁰⁾.

L'assimilazione appare ormai una strategia troppo esposta a una deriva 'egualitaria' per essere accolta dalle principali potenze coloniali come principio-guida della loro 'politica indigena'. Certo, resta il diritto-dovere di 'civilizzare': il raggiungimento di questo obiettivo deve però scendere a patti con una realtà coloniale le cui specificità non possono essere sottovalutate, ma devono al contrario essere prese sul serio e assunte non già come un ostacolo che il processo di colonizzazione deve spazzar via, ma come un suo tramite o volano.

Occorre allora ripensare in questo quadro il problema dei 'diritti dei nativi', posto all'ordine del giorno dalla Conferenza di Berlino e poi dal 'sistema dei mandati' varato a Versailles. Nell'ottimismo *fin de siècle* e poi ancora nell'entusiasmo 'wilsoniano' del

⁽¹⁰⁹⁾ P. GIRAN, *De l'éducation des races. Étude de sociologie coloniale*, Paris, Challamel, 1913, pp. 130 ss.

⁽¹¹⁰⁾ G. HARDY, *Histoire de la colonisation française*, Librairie Larose, Paris 1928, pp. 316 ss.

primo dopoguerra la ‘civilizzazione’ sembrava includere come propria componente l’onere del rispetto di diritti assunti come genericamente ‘umani’: l’impegno nella lotta per debellare le forme di schiavitù ancora in vigore in molti paesi africani era un’espressione di questo generale convincimento. Già Bluntschli, come sappiamo, aveva spezzato una lancia a favore dei diritti degli indigeni in quanto ‘esseri umani’ e anche Catellani sosteneva che l’occupazione coloniale non comportava una menomazione, ma semmai un rafforzamento, una più efficace tutela dei diritti dei nativi. Gli indigeni devono mantenere intatta la proprietà della terra, salvo i limiti generali dell’espropriazione per pubblica utilità. Né potrà essere imposto ai popoli nomadi una restrizione degli ampi spazi necessari per la loro peculiare forma di esistenza, se non si vuole attentare « al più sacro diritto degli individui che è quello di vivere ed al più sacro diritto delle razze che è quello di non estinguersi » (111).

In realtà, l’enfasi universalistica è destinata a cedere il passo, nella giuscolonialistica italiana, ad una ‘realistica’ valutazione degli interessi contrastanti e dei conflitti che ne conseguono. Non manca allora il destro di far notare che i diritti volta a volta invocati dai colonizzatori e dai colonizzati solo in apparenza appartengono al medesimo universo di discorso, ma in realtà sono radicati in mondi (civiltà, ordinamenti) rispettivamente incompatibili (112). La civilizzazione dovrà quindi rassegnarsi a percorrere una strada più tortuosa, che passa attraverso il riconoscimento delle differenze che separano la colonia dalla metropoli. Piuttosto che insistere sui dogmi dell’assimilazione, converrà adottare una prospettiva già elaborata in Francia dalla dottrina e dalla giurisprudenza proprio per contenere gli eccessi della strategia ‘assimilazionista’: il cosiddetto ‘indigenato’ (113).

La preoccupazione che sta al fondo di questo ‘istituto’ ispira

(111) CATELLANI, *Le colonie e la Conferenza di Berlino*, cit., p. 612.

(112) BORSI, *Corso di diritto coloniale*, cit., pp. 10-11.

(113) M. COLUCCI, voce *Indigenato* in *Nuovo Digesto Italiano*, a cura di M. D’Amelio, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1938, vol. VI, pp. 1013-1019. Un importante contributo francese, tenuto presente anche dalla letteratura italiana, è quello di H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé. Colonies et pays de protectorat (non compris l’Afrique du Nord) et pays sous mandat*, préface de Arthur Girault, Sirey, Paris 1927.

l'orientamento che l'Italia in sostanza dichiara di seguire in tutto l'arco della sua esperienza coloniale. Ne esprime chiaramente il senso, a proposito della Somalia, il giudice Ciamarra: occorre, nella concreta amministrazione della giustizia, tener presente e riaffermare i nostri generali principi di diritto, ma è anche indispensabile rendersi conto della loro incompatibilità con le consuetudini indigene e procedere quindi a introdurre « quelle attenuazioni [...] consigliate da più equo apprezzamento dei fatti [...] » ⁽¹¹⁴⁾.

Occorre distinguere fra i diversi aspetti della vita sociale, valutando la loro minore o maggiore incidenza sul governo della colonia. Converterà quindi mantenere sostanzialmente intatti gli ordinamenti locali per quanto riguarda il diritto privato e intervenire più a fondo sul terreno del diritto penale, consapevoli che gli obiettivi essenziali sono i seguenti: « conservare la tutela delle leggi del Regno ai cittadini e stranieri residenti in Colonia anche quando fossero vittime di reati commessi da indigeni », evitando di « lasciare la repressione del reato commesso in danno di europei alla mercé di giudici indigeni, naturalmente proclivi alla giustificazione del delitto per solidarietà di fede e di razza »; e « mantenere integre la dignità e la sicurezza della amministrazioni della Colonia » ⁽¹¹⁵⁾. Fatti salvi questi obiettivi, resta fermo il principio generale di un'efficace 'politica indigena': la necessità di trasformare e adattare le norme metropolitane a ordinamenti diversi, senza farsi condizionare « dai legami di una rigida applicazione della legge stessa », come richiede appunto « la giurisdizione eccezionale dell'indigenato » ⁽¹¹⁶⁾.

Si comprende allora come la tesi del carattere 'creativo' della giurisprudenza coloniale e la convinzione che essa esercita un ruolo di vera e propria fonte di diritto non siano il frutto di un inspiegabile allentamento del rigore giuspositivistico di cui la dottrina giuridica continuava a far vanto nella madrepatria, ma siano un tassello di una precisa politica coloniale ispirata dalla teoria e dalla pratica del riconoscimento, finché possibile, degli ordinamenti giuridici locali. Certo, restano pur sempre l'onere e il vanto del-

⁽¹¹⁴⁾ CIAMARRA, *La giustizia nella Somalia*, cit., p. 3.

⁽¹¹⁵⁾ Ivi, p. 5.

⁽¹¹⁶⁾ Ivi, p. 7.

l'irrinunciabile 'civilizzazione'. Dismessa (o piuttosto mai coltivata) la più bellicosa strategia dell' 'assimilazione', la riduzione della distanza fra i 'selvaggi' e i 'civili' viene però perseguita non tanto come il fine primario quanto come un effetto indiretto dell'illuminata ed efficace presenza 'governante' dei colonizzatori.

Valga a riprova il diffuso apprezzamento di una strategia ermeneutica curiosamente chiamata 'islamizzazione del diritto'. Non conviene rimuovere d'autorità le consuetudini e le convinzioni etico-giuridiche dei nativi, tanto più quando queste sono l'espressione di religioni e di ordinamenti complessi, quali quelli caratteristici dei popoli di tradizione mussulmana. La civilizzazione allora procederà indirettamente, attraverso l'abile intervento della giurisprudenza: sarà il giudice a dare una formulazione 'islamica' dell'uno o dell'altro principio giuridico occidentale, a ritrovare cioè nel linguaggio e nella cultura dell'Islam gli appigli per far passare come il portato della tradizione locale una decisione suggerita in realtà dai principi del diritto metropolitano ⁽¹¹⁷⁾.

Una siffatta 'islamizzazione del diritto occidentale' (o piuttosto, come diremmo con un'espressione per noi più familiare, la cripto-occidentalizzazione del diritto islamico) è peraltro solo una componente di una strategia generale, ispirata al principio della preservazione, finché possibile, delle tradizioni etico-giuridiche locali: una preservazione 'con beneficio d'inventario', per il diritto penale, e tendenzialmente integrale per lo statuto personale, il diritto successorio e il diritto di famiglia ⁽¹¹⁸⁾. Si tratta peraltro di un orientamento emerso fino dagli esordi dell'espansione coloniale italiana, se è vero che già la legge coloniale del 5 luglio 1882 (che approvava la convenzione con la società Rubattino per la baia di Assab) prescriveva che lo statuto personale degli indigeni doveva essere regolato secondo « la legislazione consuetudinaria per essi

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. ad esempio G. CIAMARRA, *L'islamizzazione del diritto moderno a mezzo del diritto giudiziario indigeno*, in « Rivista coloniale », V, 1910, pp. 25-40; A. MALVEZZI, *Elementi di diritto coloniale*, Cedam, Padova, 1928, pp. 255 ss.; BORSI, *Corso di diritto coloniale*, cit., pp. 180 ss.; R. SERTOLI SALIS, *Corso di diritto coloniale*, Pavia, Cucchi, 1937, p. 236; E. GHERSI, *Corso di diritto coloniale*, Firenze, Società Editrice Universitaria, 1940, pp. 54-55.

⁽¹¹⁸⁾ D'AMELIO, *Per l'ordinamento giuridico della Tripolitania e della Cirenaica*, cit., p. 13.

vigente » nei limiti « della morale universale e dell'ordine pubblico », inaugurando un indirizzo confermato successivamente tanto per la colonia Eritrea quanto per la Somalia ⁽¹¹⁹⁾.

Il riferimento agli ordinamenti etico-giuridici dei nativi ha una portata non già episodica, ma strutturale, tanto che il diritto coloniale viene presentato come un ordinamento composito, costituito, in parte, di un diritto semplicemente riconosciuto dallo Stato colonizzatore e, in parte, di un diritto direttamente emanato da questo ⁽¹²⁰⁾. Il risultato singolare, segnalato dalla giuscolonialistica dell'epoca, è l'introduzione in colonia di un antico principio, da tempo travolto sul continente europeo dall'assorbente e livellatrice sovranità statale: il principio della personalità del diritto ⁽¹²¹⁾. Lo statuto giuridico di un individuo, l'insieme dei diritti e dei doveri che lo connotano, è sottratto al principio di eguaglianza e dipende dall'appartenenza dell'individuo a una specifica comunità.

Ancora una volta, nell'esperienza coloniale, l'« antico » non precede il « moderno » lungo l'asse della diacronia, ma lo affianca: diversi « tempi storici » coesistono nella gestione coloniale della dualità, nell'orchestrazione di quel singolare rapporto di connessione e di divaricazione che collega la metropoli alla colonia. Non siamo però di fronte a un'audace quanto immotivata apertura al « pluralismo ». Il riconoscimento del diritto indigeno è concepito e praticato come uno strumento efficace di governo della colonia ed è questo obiettivo lo scopo immanente e il criterio regolativo del riconoscimento degli ordinamenti locali e dei suoi limiti. È vero quindi che gli ordinamenti locali vengono assunti nel cielo del diritto coloniale complessivo; è anche vero però che essi, nel momento in cui vengono riconosciuti, vengono anche modificati, dove occorre, in funzione di un « incivilimento » che trova una precisa traduzione giuridica in un termine-chiave (in una valvola di chiusura) dell'organizzazione coloniale: l'ordine pubblico coloniale, diverso dall'ordine pubblico metropolitano, specifico per ogni colonia, legato ai

⁽¹¹⁹⁾ E. CIBELLI, *Sudditanza coloniale e cittadinanza italiana libica*, Napoli, Detken & Rocholl, 1930, pp. 9-11.

⁽¹²⁰⁾ BORSI, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 165.

⁽¹²¹⁾ MACCHIA, *Contributo alla teoria delle fonti del diritto coloniale*, cit., p. 22.

fini che in quella colonia lo Stato metropolitano si propone di raggiungere ⁽¹²²⁾.

Non è possibile azzerare rapidamente le differenze: occorre piuttosto aggirarle e soprattutto gestirle in funzione di un'efficace e produttivo 'governo' della colonia. È una prospettiva, ampiamente condivisa dalla giuscolonialistica dell'epoca, che trova nell'opera di Aldobrandino Malvezzi un'efficace testimonianza.

Malvezzi è consapevole che l'essenza e la sfida della colonizzazione sono il contatto e l'attrito fra civiltà incompatibili. L'educazione-civilizzazione è il programma di un'Europa che tende ad azzerare le differenze e mira ad una (non auspicabile) unitaria civiltà mondiale ⁽¹²³⁾. La strategia dell'assimilazione e la retorica dei diritti dell'uomo sono ancora legati a una siffatta strategia universalistica ⁽¹²⁴⁾, mentre il legislatore italiano ha seguito una strada diversa: il mantenimento degli usi locali, purché non contrari alla morale universale e all'ordine pubblico (anche se in altri casi le espressioni usate sono state troppo cogenti, come è avvenuto quando si è fatto riferimento allo « spirito della legislazione italiana — nell'Ordinamento libico del 20 marzo 1913 — o allo « spirito della legislazione e della civiltà italiana » — nell'Ordinamento libico del 7 febbraio 1928). È comunque la giurisprudenza che ha svolto la più efficace 'politica indigena' all'insegna di un intelligente contemperamento fra civiltà, ordinamenti e valori diversi. Il punto essenziale, per Malvezzi, è che solo rispettando gli ordinamenti locali lo Stato colonizzatore può raggiungere quella pace sociale indispensabile per la messa a frutto del territorio coloniale. Non dobbiamo fare « dell'Europa la generosa elargitrice di diritti al genere umano vivente oltre i suoi confini », dal momento che è sempre più alto il rischio che oggi « i diritti che non sono loro conferiti, gl'indigeni se li prendono » ⁽¹²⁵⁾. Occorre piuttosto conoscere 'scientificamente', con l'aiuto delle scienze antropologi-

⁽¹²²⁾ SERTOLI SALIS, *Corso di diritto coloniale*, cit., pp. 222 ss. Cfr. anche E. DE LEONE, *Il concetto di ordine pubblico coloniale* (1931), in ID., *Studi di diritto coloniale*, Roma, Paolo Cremonese, 1935.

⁽¹²³⁾ A. MALVEZZI, *La politica indigena nelle colonie*, Padova, Cedam, 1933, pp. 33 ss.

⁽¹²⁴⁾ Ivi, pp. 56-57.

⁽¹²⁵⁾ Ivi, p. 138.

che ⁽¹²⁶⁾, le popolazioni locali, garantire l'ordine pubblico, agevolare lo spirito di collaborazione dei nativi «rispettandone la religione ed i costumi» e insieme promovendo l'agricoltura ed il commercio ⁽¹²⁷⁾. L'obiettivo, ancora una volta, non è l'impossibile trapianto di una civiltà su un terreno inadatto ad accoglierla, ma è un 'governo' della colonia che individui nel rispetto delle tradizioni locali e nella diffusione dei vantaggi economico-sociali della modernità il mezzo più efficace per una piena valorizzazione delle risorse coloniali.

Emergono dunque alcuni parametri di fondo, tenuti da presenti dalla giuscolonialistica italiana ed omogenei con l'effettiva pratica coloniale dello Stato italiano. Il simbolo legittimante della 'civiltà' non può non essere assunto come una componente ineliminabile della colonizzazione. Esso però viene interpretato e relativizzato in modo da disinnescare le conseguenze praticamente e teoricamente più imbarazzanti (la diminuzione della distanza fra coloni e colonizzati e la fine, in prospettiva, del dominio coloniale) e da far cadere l'accento sulla radicale differenza fra i due poli (la metropoli e la colonia), piuttosto che sulle tecniche più idonee al loro graduale avvicinamento.

A temperare l'enfasi della 'colonizzazione-civiltà' intervengono due tendenze caratteristiche della nostra giuscolonialistica: da un lato, lo spregiudicato 'realismo' di alcuni suoi protagonisti (valga l'esempio di Romano o di Borsi), inclini a mettere in risalto il primato degli 'interessi' della metropoli, piuttosto che una sua wilsoniana *trusteeship* nei confronti dei popoli 'barbari'; dall'altro lato, la tesi delle insormontabili differenze di civiltà, contro ogni scorciatoia 'universalistica'.

È forse questo il profilo più interessante e polivalente della giuscolonialistica italiana. La valorizzazione delle differenze può essere presentata (valga l'esempio di Malvezzi) come una presa di distanza da una frettolosa e malaugurata occidentalizzazione del mondo, ma è al contempo inseparabile (anche in Malvezzi) da una

⁽¹²⁶⁾ Non manca in Malvezzi anche un riferimento all'aggiornata antropologia 'funzionalista' di Malinowski.

⁽¹²⁷⁾ MALVEZZI, *La politica indigena nelle colonie*, cit., p. 332.

strategia di ‘governo’ dei soggetti cui la politica delle differenze è strettamente funzionale.

Rispettare gli ordinamenti locali significa evitare conflitti in settori ininfluenti per lo sfruttamento del territorio coloniale, così come imporre la modifica laddove le consuetudini locali ledano irrinunciabili principi del diritto metropolitano significa riservarsi un diritto di intervento in ambiti determinanti per il controllo della situazione coloniale. Il rispetto delle differenze è insomma una strategia di governo che trova la sua destinazione di senso e il suo criterio ordinante nella formula (per così dire, tecnica) dell’‘ordine pubblico coloniale’.

È in questa prospettiva che occorre situare il ricorso ai giudici e ai capi locali da parte dell’organizzazione coloniale italiana: è una strategia che deve essere intesa non tanto come un’applicazione della formula lugardiana dello *indirect rule*, quanto come una forma di assoggettamento delle gerarchie locali alle istituzioni di governo della colonia, dal momento che le prime vengono impiegate come mere cinghie di trasmissione della volontà delle seconde ⁽¹²⁸⁾.

Dove comunque il ‘sistema delle differenze’ ha prodotto i suoi più evidenti e significativi risultati è la rappresentazione e la classificazione dei soggetti. La differenziazione dei soggetti si presenta fino dagli inizi dell’espansione coloniale come una componente indispensabile della colonizzazione stessa. Se il territorio coloniale può essere assunto come parte integrante del territorio nazionale — come sostiene D’Amelio — la popolazione della colonia deve essere organizzata facendo riferimento a due classi rigorosamente distinte: i cittadini, i *cives optimo iure*, e i sudditi. Se i coloni sono cittadini — e per loro potrà esser posto addirittura il problema della rappresentanza politica — gli indigeni sono irrimediabilmente sudditi ⁽¹²⁹⁾. Essi, « come gente meno evoluta — si

⁽¹²⁸⁾ Cfr. T. NEGASH, *Italian Colonialism in Eritrea: Policies, Praxis and Impact*, Uppsala, Uppsala University, 1986, pp. 107 ss. Cfr. peraltro, in termini più generali, il contributo di Mahmood Mamdani, che presenta anche lo ‘indirect rule’ come « the politics of decentralized despotism » (M. MAMDANI, *Citizen and Subject. Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1996, pp. 37 ss.).

⁽¹²⁹⁾ D’AMELIO, *L’ordinamento giuridico della colonia eritrea*, cit., p. 85; D’AMELIO, *Per l’ordinamento giuridico della Tripolitania e della Cirenaica*, cit., p. 9.

legge nella relazione al progetto del codice civile eritreo — hanno bisogno di leggi più semplici, meno formali, più generose di tutela da parte dell'autorità, più conformi al diritto naturale ed alle attuali loro condizioni sociali »⁽¹³⁰⁾. La tesi dell'incolmabile differenza che separa i nativi dai coloni coincide con il riconoscimento degli ordinamenti indigeni, con l'attribuzione ai 'selvaggi' di uno statuto personale, e al contempo si sostanzia nella consacrazione di una loro giuridica *deminutio*: di una loro ascrizione alla classe dei 'sudditi', che tali sono in quanto differenziati da una categoria di soggetti definibili come 'cittadini'.

Il riconoscimento delle differenze non è e non può essere, nell'ottica giuscoloniale otto-novecentesca, la disinteressata scoperta dell'originalità e della 'alterità' delle civiltà extra-europee; non può esserlo perché la percezione coloniale delle diversità etnico-culturali passa attraverso il filtro del dominio e delle sue strategie di governo (un filtro che peraltro non è sottaciuto o dissimulato dal sapere giuridico italiano, ma è per lo più esplicitato e rivendicato in nome di una 'realistica' comprensione del fenomeno coloniale).

Gli indigeni sono 'diversi' e proprio per questo non possono essere che sudditi. A segnare le differenze, interviene ancora una volta il *deus ex machina* della 'civiltà'. È la civiltà il criterio che permette di fondare il dualismo costitutivo di tutta l'esperienza coloniale ed è la civiltà il fondamento metagiuridico di conseguenze immediatamente apprezzabili sul terreno del diritto.

Per Santi Romano, la distinzione fra sudditi e cittadini è indispensabile in uno Stato coloniale dove coesistono razze e civiltà diverse; ed è una distinzione necessaria « sia nell'interesse della madrepatria, che in quello degli stessi indigeni, di cui bisogna rispettare le tradizioni e la posizione fatta ad essi dal diritto locale »⁽¹³¹⁾. Il rispetto delle differenze si traduce in una gerarchia di soggetti funzionale al governo metropolitano. Se è vero che « la colonia è una comunità distinta dalla metropoli, non fusa con essa », occorre trarre le conseguenze di questa costitutiva dualità e

⁽¹³⁰⁾ Citato in D'AMELIO, *L'ordinamento giuridico della colonia eritrea*, cit., p. 85. A proposito dei tentativi di codificazione cfr. M.L. SAGÙ, *Sui tentativi di codificazione per la Colonia Eritrea*, « Clio », XXII, 1986, 4, pp. 567-616.

⁽¹³¹⁾ ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 125.

assumere come principio generale la distinzione della « cittadinanza dall'appartenenza alla colonia » (132).

Certo, non tutti i sudditi sono eguali: il sistema delle differenze e il parametro generale della 'civiltà' impongono di prendere in considerazione le diversità che intercorrono fra l'una o l'altra situazione coloniale. Ad ogni realtà coloniale può corrispondere quindi uno specifico criterio di classificazione dei soggetti e di costruzione della sudditanza. Per la Libia, il R.D. 6 aprile 1913 n. 315 parlava di sudditi italiani, anziché di sudditi coloniali, mentre il Decreto-Legge 1 giugno 1919 n. 931, per la Cirenaica, seguito dal Decreto-Legge 31 ottobre 1919 n. 2401 per la Tripolitania, trasformava i sudditi in cittadini italiani della colonia, estendendo la rosa dei diritti ad essi attribuiti, anche se poi la successiva Legge 26 giugno 1927 n. 1013 si affrettava a introdurre restrizioni sul fronte dei diritti pubblici per rintuzzare il « demoliberalismo » che aveva inficiato i precedenti decreti (133). Ancora diversa si presentava la situazione dei soggetti delle isole italiane dell'Egeo, che, una volta autorizzati a compiere il servizio militare, potevano divenire cittadini italiani *pleno iure* (134).

La tipologia è varia e destinata a mutare nel tempo (135), ma la logica che la presiede è chiara ed univoca: la differenziazione giuridica dei soggetti è sorretta da un giudizio previo sul livello di civiltà volta a volta attribuibile all'una o all'altra popolazione e può quindi essere tracciata una scala ideale il cui primo gradino è la mera sudditanza (come avviene per le popolazioni della Somalia,

(132) Ivi, p. 130.

(133) CIBELLI, *Sudditanza coloniale e cittadinanza italiana libica*, cit., pp. 27 ss.

(134) U. BORSI, *Cittadinanza e sudditanza coloniale nell'ordinamento odierno*, in *Atti del terzo congresso di studi coloniali* (Firenze-Roma 12-17 aprile 1937), vol. III, 2° sezione: politica, Firenze, Centro di studi coloniali-Istituto coloniale fascista, 1937, p. 59. Cfr. anche A. CORDOVA, *Diritto coloniale e cittadinanza coloniale*, in « Rivista di diritto pubblico », XXIX, 1937, pp. 642-50; A.E. FOLCHI, *Cittadinanza e sudditanza nell'espansione imperiale italiana*, in « Rivista di diritto pubblico », XXIX, 1937, pp. 53-69. Un singolare tentativo di organizzazione sistematica della cittadinanza-sudditanza attraverso il concetto di cittadinanza *adiectitia* in V. S. VILLARI, *La condizione giuridica delle popolazioni coloniali (la cittadinanza adiectitia)*, Roma, Casa Ed. Ulpiano, 1939.

(135) Cfr. E. CAPUZZO, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana dell'età liberale*, in « Clio », XXXI, 1995, 1, pp. 65-95.

dell'Eritrea e poi dell'intera Africa Orientale Italiana), il gradino intermedio è la cittadinanza libica (congruente con il carattere più complesso e strutturato della civiltà locale), mentre il gradino più alto è occupato dalle popolazioni delle isole italiane dell'Egeo (dove il dislivello di civiltà fra i coloni e i colonizzati appare minima⁽¹³⁶⁾).

Il 'sistema delle differenze' permette di individuare diverse classi di soggetti e al contempo di sottolineare la differenza qualitativa che separa i cittadini metropolitani dai sudditi coloniali: anche da quei (privilegiati) libici che, per quanto diversi dai sudditi somali od eritrei, appartengono pur sempre al mondo 'altro' dei colonizzati (dal momento che anche le colonie libiche, come ricorda Santi Romano, sono pur sempre vere e proprie colonie⁽¹³⁷⁾). Il fossato incolmabile separa non già il somalo dal libico o l'animista dal mussulmano, ma l'indigeno (quale che sia la classe e l'etnia cui appartiene) dal bianco europeo. Valga a riprova il criterio impiegato per determinare la condizione giuridica dello straniero residente in colonia: assimilato al suddito, se appartenente a una popolazione extra-europea, o al cittadino, se membro di un popolo di civiltà 'occidentale'⁽¹³⁸⁾.

Il 'suddito' (pur con tutte le sue interne differenziazioni) è qualitativamente distinto dal 'cittadino'. La differenza è radicale e oggettiva e determina le sorti del singolo individuo, che è semplicemente una variabile dipendente del gruppo etnico-culturale cui appartiene. Proprio per questo viene risolta in senso negativo la questione se l'eventuale conversione di un individuo dall'islamismo al cattolicesimo importi un mutamento del suo *status* giuridico⁽¹³⁹⁾. La conversione è ininfluenza perché lo statuto personale non dipende dagli orientamenti soggettivi dell'uno o dell'altro individuo, ma dal suo radicamento in una 'forma di vita' oggettivamente riconoscibile e valutabile.

Certo, il 'sistema delle differenze' non è concepito (o non è lo almeno per molto tempo) come un insieme di rigidi compartimenti

⁽¹³⁶⁾ I. PAPINI, *La condizione giuridica delle popolazioni nelle colonie italiane*, in « Rivista delle colonie italiane », VIII, 1934, pp. 82-96.

⁽¹³⁷⁾ ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 135.

⁽¹³⁸⁾ CIBELLI, *Sudditanza coloniale e cittadinanza italiana libica*, cit., pp. 21 ss.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. ad esempio CUCINOTTA, *Diritto coloniale italiano*, cit., pp. 198-99; PAPINI, *La condizione giuridica delle popolazioni nelle colonie italiane*, cit., pp. 92-93.

stagni. In primo luogo, infatti, non è tassativamente escluso che un suddito divenga cittadino. È impensabile l'azzeramento sistematico della differenziazione, ma è previsto e regolato il passaggio (in presenza di requisiti attentamente vagliati dall'autorità) di qualche singolo individuo da una categoria all'altra. In questa prospettiva, la concessione della cittadinanza diviene una strategia ('premiare') di governo accanto alle altre.

In secondo luogo, se è scoraggiato il matrimonio fra un bianco e un'indigena (e se appare gravemente immorale il legame fra una cittadina e un suddito), è tollerato lo scambio sessuale interrazziale e non è esclusa la legittimazione del meticcio ⁽¹⁴⁰⁾. Tanto la pratica di governo quanto i provvedimenti legislativi sono da questo punto di vista sostanzialmente coerenti con quel 'sistema di differenze' costruito a partire dal parametro determinante della 'civiltà'. La civiltà è infatti un dato sufficientemente solido per segnare differenze consistenti e 'collettivamente' insuperabili, ma al contempo non esclude, nell'immediato, l'eccezione 'individuale', e, in prospettiva, un aggiustamento dei confini, una riformulazione delle differenze.

È vero che domina la strategia del 'rispetto delle differenze' di contro al bulldozer 'assimilazionista'; ma nemmeno si può escludere che, per via indiretta, le civiltà mutino e i 'selvaggi' si civilizzino (e peraltro il simbolo legittimante della 'civilizzazione' è ancora una stella fissa del firmamento coloniale). Occorrerà infine tener presente che fra Otto e Novecento, in alcune ottimistiche prese di posizioni, veniva talvolta posta nel bilancio attivo della colonizzazione addirittura l'ipotesi di una miscelazione delle razze. Per Catellani, una sana colonizzazione deve portare alla fusione delle popolazioni che per essa entrano in contatto. La stessa storia europea è un fecondo crogiuolo di razze diverse, a riprova che nel 'meticcio' le migliori qualità delle diverse stirpi « si sommano e talora si moltiplicano ». Si dichiarino quindi « fortunati quelli Stati e quelle popolazioni europee che, dimenticando il pregiudizio della razza, della fede e del colore, riconosceranno l'utilità di tali fusioni

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. l'importante contributo di B. SÖRGONI, *Parole e corpi. Antropologia, discorso giuridico e politiche sessuali interrazziali nella colonia Eritrea (1890-1941)*, Napoli, Liguori, 1998.

in tutti quei paesi torridi dove la loro razza non può da sola acclimatarsi [...]»⁽¹⁴¹⁾. In questa prospettiva De Lanessan (che, oltre che docente universitario a Parigi, era stato governatore in Indocina) auspicava l'incrocio di razze diverse e vedeva nell'immigrazione la possibilità di rivitalizzare paesi afflitti, come la Francia, da un declino della popolazione autoctona⁽¹⁴²⁾.

Il parametro della civiltà, impiegato dalla giuscolonialistica dell'età liberale, permette di fondare la differenziazione dei soggetti, ma non impedisce alla radice una (sia pur tenue) possibilità di scambio e di interpenetrazione fra le diverse classi. Da questo punto di vista, è il fascismo che introduce mutamenti significativi, che, per un verso, possono apparire una mera accentuazione o irrigidimento di strategie di governo già sperimentate, ma, per un altro verso, imprimono un diverso ed originale orientamento al 'sistema di differenze' adottato dalla giuscolonialistica antecedente⁽¹⁴³⁾.

È congruente con la tradizione, ma ribadita con crescente veemenza, l'esigenza di segnare una differenza fra i colonizzati e i coloni e rendere indiscutibile e inattaccabile il dominio dei secondi sui primi. L'indigeno ha diritto al completo rispetto della sua tradizione, « ma non è eguale a noi »: « è sempre e sarà sempre il dominato e il conquistato, e noi i conquistatori e dominatori, se non vogliamo adoperare la parola 'padroni' che ha troppo sapore di schiavitù ». Si impone quindi la « necessità di un dominio incontrastato dei bianchi sugli indigeni [...] »», che deve sfatare per sempre l'illusione (magari ingenerata dalla sopravvenuta abolizione

⁽¹⁴¹⁾ CATELLANI, *Le colonie e la Conferenza di Berlino*, cit., pp. 46-49.

⁽¹⁴²⁾ J.-L. DE LANESSAN, *Principes de colonisation*, Paris, Alcan, 1897, pp. 28 ss.

⁽¹⁴³⁾ Si tenga però presente il ruolo 'anticipatore', anche da questo punto di vista, di alcune pagine di ispirazione 'nazionalistica'. Silvio Perozzi, ad esempio, attacca precocemente il nesso colonizzazione-civilizzazione in nome di una nuda e franca 'politica di potenza'. Roma non è stata maestra di un qualche diritto 'universale', ma ha semplicemente imposto la sua civiltà. Il popolo romano, « popolo signore d'innomerevoli sudditi, prevalente su città e regni alleati, fa quel che fanno tutti i dominatori e superiori: tende a tener lontani anzi che ad accostare a sé i dominati e gli inferiori ». Il popolo dominante propaga la sua civiltà solo perché « l'effusione riesce strumento del suo dominio e lo rende fruttuoso » (PEROZZI, *Critica politica*, cit., pp. 100-102).

della schiavitù) « che si sia così stabilita una ‘uguaglianza’ di diritto o di fatto » fra ‘noi’ e ‘loro’ (144).

L’eguaglianza (che si affaccia minacciosamente in ogni tendenziale avvicinamento fra il colonizzato e il colono) è un attentato al mantenimento del dominio, quale che sia l’ambito nel quale essa possa manifestarsi. Non ci sono zone grigie o irrilevanti: occorre quindi che anche sul terreno della produzione venga rispettata una precisa « discriminazione economica » « fra le due razze », « al pari di quella politica giuridica sociale e morale [...] » (145), mentre è impensabile che un bianco lavori alle dipendenze di un indigeno, data la « impossibilità politica » che un membro della « razza dominante — cioè, per ciò stesso — dirigente e civilizzatrice » venga assoggettato, anche solo da un punto di vista economico, « ad individui od enti della razza dominata » (146).

Occorre quindi battere sul tasto dell’assoluta autorità dello Stato metropolitano e insistere sulla superiorità ‘antropologica’ (e quindi morale e giuridica) dei colonizzatori applicando in colonia quel principio di ordine e di disciplina che costituisce, anche all’interno della realtà metropolitana, una delle parole d’ordine del fascismo (147). Governare fascisticamente le colonie significa insomma bandire ogni provvedimento che diminuisca le distanze fra colonizzati e coloni e faccia rinascere dalle ceneri il mai abbastanza esorcizzato fantasma dell’assimilazione. In questa prospettiva, può essere pericolosa la concessione anche della più modesta autonomia amministrativa, che finirebbe per mettere nelle mani degli indigeni « mezzi anche indiretti che possano influire sulla sovranità dello Stato metropolitano ». È « indispensabile, tra colonia e metropoli, una operazione politica, la quale elimini un’interferenza di rapporti

(144) D. LISCHI (‘Darioski’), *Nell’impero liberato*, Pisa, Nistri-Lischi, 1937, pp. 21-22.

(145) G. MONDAINI, *I problemi del lavoro nel nuovo impero*, in *Atti del terzo congresso di studi coloniali* (Firenze-Roma 12-17 aprile 1937), vol. II, 1° sezione: politica, cit., p. 18.

(146) Ivi, p. 17.

(147) I. NERI, *Caratteri della politica indigena fascista*, in *Atti del terzo congresso di studi coloniali* (Firenze-Roma 12-17 aprile 1937), vol. II, 1° sezione: politica, cit., pp. 135-36.

e l'oppressione di una maggioranza inferiore su una minoranza superiore, più colta e produttiva » (148).

Affermazione del dominio come tale oppure un governo funzionale alla massimizzazione dell'utile economico della colonizzazione? È forse questa, se non un'alternativa, almeno una divaricazione interna al discorso coloniale del fascismo. Quando si insiste sulla finalità 'economica' della colonizzazione, la 'politica indigena' (il rispetto delle tradizioni e insieme la diffusione dei vantaggi — igienici, medici — della civiltà) viene interpretata come mezzo per un fine primario: « assicurarsi il lavoro indigeno » in ogni sua forma. « Il lavoro rappresenta [...] per gli indigeni la forma di collaborazione eurafricana cui essi sono chiamati, volenti o nolenti » (149). Più frequentemente però ad essere invocata (senza entrare comunque in necessaria contraddizione con la prospettiva 'economicista') è l'immagine di un potere che non può che essere 'fascisticamente' irresistibile, nella colonia come nella madrepatria.

Le imprese libiche di Graziani collimano perfettamente con questa strategia retorica. La 'riconquista' della Libia e la sconfitta della Senussia sono il primo, grande segno lasciato dal fascismo sul tronco di una colonizzazione che proprio in Libia mostrava le degenerazioni di un liberalismo lassista e 'garantista'. Graziani ha le idee chiare in merito: « lo spirito realistico e l'alto prestigio personale permettevano fin dai primi mesi al nuovo vice-governatore di vedere il problema in termini molto semplici », condensati in una precisa minaccia rivolta ai ribelli: « distruggerò tutto, uomini e cose » (150).

Graziani si mostra all'altezza delle promesse e realizza quell'« ingente movimento di popolazioni, coi loro averi, che ha ridestato in coloro che vi hanno assistito, l'immagine di narrazioni bibliche » (151). È l'attuazione di quel programma di 'concentra-

(148) R. TRITONJ, *Politica indigena africana*, Milano, Istituto per gli studi di politica internazionale, 1941, p. 363. Cfr. anche R. DI LAURO, *Il governo delle genti di colore*, Milano, Bocca, 1940.

(149) P. D'AGOSTINO ORSINI DI CAMEROTA, *Eurafrica. L'Europa per l'Africa. L'Africa per l'Europa*, Roma, Paolo Cremonese Ed., 1934², p. 96.

(150) B. PACE, *La Libia nella politica fascista (1922-1935). La riconquista. La definizione dei confini. L'ordinamento*, Messina-Milano, Principato, 1935, p. 21.

(151) Ivi, p. 24.

zione' della popolazione libica in accampamenti che « con impropria parola, atta a suscitare un ricordo ingannatore, sono stati chiamati campi di concentramento » (152). Effettivamente — riconosce il nostro commentatore — « in un primo momento, si sono avute in qualche campo eccessive perdite, procurate specialmente da difetto o uniformità di alimentazione (scorbuto e vera fame) », peraltro presto efficacemente contenute. Ciò che comunque è decisivo, al di là del computo delle inevitabili vittime, è il fine: il raggiungimento della pace sociale, la piena 'governabilità' del territorio. « [...] l'ossequio ai luoghi comuni umanitari ed economici non avrebbe consentito, è vero, lo spostamento delle popolazioni; ma, in compenso, non avrebbe permesso di ottenere quella pacificazione del territorio, che costituisce poi, conviene ripeterlo, la base prima del benessere e dell'umanità » (153).

Siamo di fronte insomma a un intervento 'eccezionale', la cui durezza è legittimata dal raggiungimento di due connessi obiettivi, importanti per la colonia come per la madrepatria: il provvido governo dei soggetti e l'incontrastato dominio dello Stato (154). È vero che la politica coloniale fascista sceglie la « maniera forte nei riguardi degli indigeni »; ciò però avviene « nel loro stesso interesse,

(152) Ivi, p. 84.

(153) PACE, *La Libia nella politica fascista*, cit., p. 100.

(154) Sulla colonizzazione italiana in Libia un punto di riferimento imprescindibile è A. DEL BOCA, *Gli Italiani in Libia*, voll. I-III, Roma-Bari, Laterza, 1986-1991. Una ricostruzione di profili giuridico-istituzionali fino al 1917 in E. CAPUZZO, *L'organizzazione coloniale italiana fra guerra e dopoguerra*, in « Clio », XXXIII, 1997, 1, pp. 93-112. Un'analisi critica della storiografia in N. LABANCA, *Gli studi italiani sul colonialismo in Libia*, in *Un colonialismo, due sponde del Mediterraneo*, a cura di N. Labanca e P. Venuta, Pistoia, C.R.T., 2000, pp. 19-32. Sulla repressione in Libia e la 'politica concentrazionaria' del fascismo cfr. in particolare G. ROCHAT, *Il genocidio cirenaico e la storiografia coloniale*, in « Belfagor », XXXV, 1980, 4, pp. 449-54; E. SALERNO, *Genocidio in Libia. Le atrocità nascoste dell'avventura coloniale (1911-1931)*, Milano, SugarCo, 1979; E. SANTARELLI, G. ROCHAT, R. RAINERO, L. GOGLIA, *Omar Al-Mukhtar e la riconquista fascista della Libia*, Milano, Marzorati, 1981; A. DEL BOCA, *I crimini del colonialismo fascista*, in *Le guerre coloniali del fascismo*, a cura di A. Del Boca, Roma-Bari, Laterza, 1991, pp. 232-55; G. OTTOLENGHI, *Gli italiani e il colonialismo. I campi di detenzione italiani in Africa*, Milano, SugarCo, 1997; *Un nodo: immagini e documenti sulla repressione coloniale italiana in Libia*, a cura di N. Labanca, Manduria-Roma, Laicata, 2002 (con saggi di N. Labanca, A. Tartaglia, S. Bernini, A. Pasero).

nella certezza cioè che solo dalla affermata autorità dello Stato può loro derivare benessere non meno che per i cittadini »⁽¹⁵⁵⁾.

Il benessere dei colonizzati coincide con l'esercizio del dominio pieno ed assoluto dei coloni. L'esigenza di controllare e 'governare' i soggetti, immanente in tutta l'esperienza coloniale, acquista, nella prospettiva del maturo fascismo, non solo un'inusitata purezza e visibilità, ma anche una sorta di autosufficienza simbolica: il dominio basta a se stesso; è il fatto del suo esservi che coincide con la pienezza del suo valore.

Insieme alla celebrazione del puro dominio, è caratteristica del fascismo la scelta di rendere fisso e inalterabile quel 'sistema delle differenze' adottato da tutta la tradizione giuscoloniale. Non si tratta soltanto di calcare la mano sul prestigio del colono e sulla necessità di una sua 'distanza' dalla massa dei dominati, funzionale a un più efficace esercizio del comando. L'invito a 'tenere le distanze', peraltro continuamente sottolineato e ribadito, non suona come un semplice precetto del galateo del buon colonizzatore, ma viene presentato come la conseguenza necessaria di una nuova visione antropologica: una visione che non solo offre una diversa cornice alla 'differenza' fra colonizzati e colonizzatori, ma anche contribuisce a modificare la dottrina del fascismo e ad arricchire i suoi miti di fondazione.

Non è più la 'civiltà' il presupposto del 'sistema di differenze' su cui si regge il processo di colonizzazione: è la razza il criterio di differenziazione dei soggetti (e, prima, il principale coefficiente della loro identità). Si tratta, per il fascismo, di una 'scoperta' in qualche modo tardiva, preparata dall'attenzione crescente al tema della 'popolazione' (della stirpe sana e prolifica⁽¹⁵⁶⁾) e posta al centro dell'attenzione quando il successo dell'impresa etiopica dilata esponenzialmente il problema del rapporto fra coloni e colonizzati.

Conosciamo già⁽¹⁵⁷⁾ il ruolo in qualche modo emblematico attribuibile da questo punto di vista agli interventi di Lidio Ci-

⁽¹⁵⁵⁾ R. SERTOLI SALIS, *Storia e politica coloniale italiana (1869-1937)*, Messina-Milano, Principato, 1938², p. 253.

⁽¹⁵⁶⁾ Un esempio di un nesso instaurato dall'interno del fascismo fra 'problema della popolazione' e 'razza' è offerto da C. COSTAMAGNA, *Il problema della razza*, in « Lo Stato », IX, 1938, 11, pp. 577-604.

⁽¹⁵⁷⁾ V. *supra*, § 2.

priani. Certo, la posizione di Cipriani non è un fulmine improvviso in una tradizione disciplinare diversamente orientata, ma può al contrario mettere a frutto gli apporti di un'antropologia che fra Otto e Novecento, in Italia come in Francia, in Germania ed Inghilterra, aveva fatto della razza (e della gerarchia fra razze) uno dei suoi principi portanti ⁽¹⁵⁸⁾.

Attingendo alle risorse dell'antropologia razziale otto-novecentesca, il maturo fascismo può adottare due strategie complementari ⁽¹⁵⁹⁾: per un verso, assume la civiltà come variabile dipendente della razza, blocca ogni possibile osmosi fra il 'basso' e l' 'alto' (dal momento che 'civiltà' e 'inciviltà' hanno la fissità caratteristica di ogni fenomeno 'naturale') e si sbarazza definitivamente di qualsiasi *trusteeship* civilizzatrice; per un altro verso, rafforza ed esaspera la separazione fra i coloni e i colonizzati, fra i dominanti e i dominati ⁽¹⁶⁰⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. G.L. MOSSE, *Il razzismo in Europa. Dalle origini all'olocausto*, Roma-Bari, Laterza, 1985; *Le teorie della razza nell'età moderna*, a cura di G. Gliozzi, Torino, Loescher, 1986; T. TODOROV, *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, Torino, Einaudi, 1991; G. GLIOZZI, *Differenze e uguaglianza nella cultura europea moderna*, Napoli, Vivarium, 1993; W.H. TUCKER, *The Science and Politics of Racial Research*, Urbana and Chicago, University of Illinois Press, 1994; *Race. The Origins of an Idea 1760-1850*, a cura di H.F. Augstein, Bristol, Thoemmes Press, 1996; I. HANNAFORD, *Race. The History of an Idea in the West*, Washington, The Woodrow Wilson Center Press, 1996. Cfr. anche COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 3., cit., pp. 405 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ Sulla 'politica razziale' cfr. F. GRISPO, *Sulla politica indigena nell'Africa Orientale italiana*, in « Clio », XIX, 1983, 2, pp. 249-75; L. GOGLIA, *Note sul razzismo coloniale fascista*, in « Storia Contemporanea », XIX, 1988, 6, pp. 1223-66; R. PANKHURST, *Lo sviluppo del razzismo nell'impero coloniale italiano (1935-1941)*, in « Studi Piacentini », 1988, 3, pp. 175-97; L. GOGLIA, F. GRASSI, *Il colonialismo italiano da Adua all'impero*, Roma-Bari, Laterza, 1993, pp. 223 ss.; A. DEL BOCA, *Le leggi razziali nell'impero di Mussolini*, in *Il regime fascista*, a cura di Del Boca, Legnani e Rossi, cit., pp. 329-51; G. GABRIELLI, *La persecuzione delle 'unioni miste' (1937-1940) nei testi delle sentenze pubblicate e nel dibattito giuridico*, in « Studi Piacentini », 20, 1996, pp. 83-140; G. GABRIELLI, *Un aspetto della politica razzista nell'impero: il 'problema dei meticci'*, in « Passato e presente », XV, 1997, n. 41, pp. 94-105; SÖRGONI, *Parole e corpi*, cit.; « I viaggi di Erodoto », XIII, 1999, 38/39, pp. 57-91 (ivi saggi di R. BONAVITA, E. COLLOTTI, G. GABRIELLI); N. LABANCA, *Il razzismo coloniale italiano, in Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d'Italia 1970-1945*, a cura di A. Burgio, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 145-63; G. BARRERA, *Patrilinearità, razza e identità: l'educazione degli italo-eritrei durante il colonialismo italiano (1885-1934)*, in « Quaderni storici », 109, 2002 [*La colonia: italiani in Eritrea*, a cura di A. Triulzi], pp. 21-53; MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., pp. 300 ss.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. B. FRANCOLINI, *Africa d'oggi. Aspetti e problemi della colonizzazione*

Da questo punto di vista, è significativo (e opportunamente sottolineato dalla storiografia) l'atteggiamento assunto dal fascismo nei confronti del meticciano: un atteggiamento che rende tangibile il mutamento intervenuto. Dimentichiamo pure l'elogio della fusione razziale tessuto da alcuni colonialisti *fin de siècle*. Ancora sul finire degli anni Venti, comunque, in continuità con la posizione allora sostenuta da Corrado Gini, veniva pubblicato da Domenico Simoncelli uno studio sul meticciano, che, da un lato, batteva sul tasto della filantropia ed invocava provvedimenti governativi a favore di una classe di *déracinés* ingiustamente penalizzata, e, dall'altro lato, sottolineava le potenzialità positive di incroci razziali che permettessero « alla popolazione degli stati colonizzatori » di introdurre « per via di incrocio, il proprio sangue, le proprie doti e la propria cultura » « nelle regioni d'Africa a clima non temperato dove la razza europea non è riuscita a diffondersi o soltanto a resistere » ⁽¹⁶¹⁾. Ora, con la 'scoperta' fascista della differenza razziale, la prospettiva cambia radicalmente e il meticciano appare l'imbarazzante testimonianza di una commistione razziale che indebolisce il dominio dei colonizzatori e minaccia la loro integrità antropologica: il bianco che arriva a stabilire una relazione coniugale con un'indigena « ha perduto ogni dignità e prestigio [...] » e in sostanza è perduto per la propria razza » ⁽¹⁶²⁾.

Ben venga dunque la criminalizzazione di un rapporto *more uxorio* fra membri di razze diverse, opportunamente prospettata dal

europea, Bologna, Cappelli, 1937. L'inferiorità degli 'indigeni' è scontata, essendo « il loro uno stato similissimo a quello dell'animale, che non ha altra cura oltre quella della propria vita materiale » (R.A. POZZI, *Il valore 'razza' nel problema coloniale*, in « Geopolitica », IV, 1942, 11, p. 493).

⁽¹⁶¹⁾ D. SIMONCELLI, *La demografia dei meticci*, Sora, P.C. Camastro, 1929, p. 121.

⁽¹⁶²⁾ N. MARCHITTO, *La difesa della Razza nell'Impero: il problema dei meticci*, Napoli, G.U.F. 'Mussolini', 1939, p. 43. Ernesto Cucinotta osserva che con la legge 6 luglio 1933, n. 999 per l'Eritrea e la Somalia il concetto di razza, finora di sola rilevanza sociologica, acquista un rilievo giuridico e influisce sul « concreto status delle persone ai fini della loro appartenenza ad una nazione [...] » (E. CUCINOTTA, *La prova della razza*, in « Rivista delle colonie italiane », VIII, 1934, p. 743). Cfr. anche A. PARPAGLIO, *La nuova legge organica per l'Eritrea e la Somalia italiana*, in « Rivista delle colonie italiane », VIII, 1934, pp. 349-61; E. DAL MONTE, *Genesi e sviluppo del meticciano in Eritrea*, in « Rivista delle colonie », XI, 1937, pp. 833-67; A. BERTOLA, *I meticci nell'ordinamento vigente*, in « Rivista di diritto pubblico », XIX, 1941, pp. 492-99.

ministro Lessona già nel Consiglio dei Ministri del gennaio 1937 ⁽¹⁶³⁾. Occorre però far di più e impedire anche ogni tipo di comunanza sociale fra bianchi e neri che condurrebbe ad una sorta di deprecabile « meticcio spirituale » ⁽¹⁶⁴⁾. Le leggi sono necessarie, ma non bastano. Occorre che l'intera vita quotidiana si orienti a una « netta separazione di vita tra bianchi ed indigeni »; servono « misure di polizia » che impediscano « il contatto, tranne che per ragioni di lavoro, tra bianchi e negri »; è indispensabile una « urbanistica coloniale » che tenga conto « delle diverse esigenze delle popolazioni bianche ed indigene, fissando settori nettamente separati per le une e per le altre » ⁽¹⁶⁵⁾.

Il simbolo della civiltà/civilizzazione non scompare. L'effetto 'civilizzante' della presenza coloniale in Africa però non nasce da un progressivo avvicinamento dei colonizzati ai coloni (un avvicinamento in realtà impossibile, data la loro insuperabile, oggettiva, naturale differenza razziale), ma deriva soltanto dagli effetti indiretti prodotti dalla collaborazione subalterna degli indigeni al dominio coloniale ⁽¹⁶⁶⁾. È l'assoluta differenza razziale che rende, al contempo, incomunicabile la civiltà e irreversibile il dominio.

5. *Impero e 'grande spazio': i miti geopolitici del fascismo.*

La giuscolonialistica del fascismo non interrompe subitaneamente la tradizione precedente, ma nemmeno rinuncia ad imprimere ad essa un suo segno distintivo, che, se per certi versi coincide

⁽¹⁶³⁾ La legge 30 dicembre 1937 n. 2590 prevede punisce con la detenzione da uno a cinque anni il cittadino che intrattiene relazione di indole coniugale con un'indigena. Cfr. P. D'AGOSTINO ORSINI, *Gli ordinamenti fondamentali dell'Africa orientale italiana*, Roma, Istituto coloniale fascista, 1937.

⁽¹⁶⁴⁾ Ivi, p. 69.

⁽¹⁶⁵⁾ M. MUTINELLI, *La difesa della razza nell'Africa orientale italiana*, in « Lo Stato », VIII, 1937, 10, p. 549. « Le razze superiori robuste segregano le inferiori che con esse convivono; le razze deboli colludono con le inferiori, imbastardiscono e si avviano alla decadenza » (U. TOSCHI, *Razza-ambiente-economica*, in « Geopolitica », I, 6, 1939, p. 339).

⁽¹⁶⁶⁾ « Incorporare l'elemento indigeno nella comunità statale non significa conferirgli la cittadinanza metropolitana [...], significa bensì disporlo a partecipare alla grandezza o potenza dello Stato » (S. NAVA, *Il governo coloniale. Organamento e azione. Concetti generali*, Firenze, Casa ed. Poligrafica Universitaria Carlo Cya, 1938, p. 71).

con l'accentuazione di tendenze già esistenti, per altri versi si concretizza nell'apertura di prospettive nuove.

L'opposizione fra 'civiltà' e 'non civiltà' non scompare⁽¹⁶⁷⁾, ma trova una diversa collocazione e una nuova valenza. Declinata attraverso il paradigma razziale, questa tradizionale opposizione diviene assai più netta e rigida. Ogni movimento 'ascendente' (dall' 'inciviltà' alla 'civiltà') diviene impossibile e ai 'selvaggi' resta l'unica *chance* di muoversi all'ombra di un dominio che non li civilizza, ma li beneficia solo in quanto li assoggetta, in quanto ottiene la loro subalterna collaborazione permettendo loro di accedere alle briciole elargite dalla civiltà superiore. Altrettanto innaturale ed esecrabile appare la rimozione delle barriere che separano i dominanti dai dominati: l'ipotesi di una feconda miscelazione delle razze si rovescia nella predisposizione di un rigoroso *apartheid* che, enfatizzando le distanze, facilita l'esercizio del dominio. Cade infine, con la 'civilizzazione', ogni ipotesi di esaurimento dell'esperienza coloniale e di futura autonomia delle colonie: che esistono « allo scopo supremo del potenziamento politico ed economico della Metropoli » e non sono destinate ad una « qualsiasi possibilità di emancipazione o distacco » dalla madrepatria. È questa la colonia che il fascismo intende realizzare: una colonia « imperiale »⁽¹⁶⁸⁾.

L'aggettivo non è casuale, ma si connette alla grande orchestrazione retorica che si sviluppa intorno all'impresa etiopica. L'operazione investe l'intero sistema delle comunicazioni di massa e raggiunge anche il più appartato settore della riflessione politico-

⁽¹⁶⁷⁾ Valga come riprova il dibattito sviluppatosi a ridosso della conquista dell'Etiopia. Contro Romano, che aveva sostenuto (nel « Popolo di Roma » del 6 maggio 1936) la tesi della 'debellatio', Costamagna (nella « Gazzetta del popolo » del 13 maggio 1936) opponeva l'argomento del carattere 'barbaro', e quindi 'non-statuale' dell'impero etiope, mero conglomerato di tribù selvagge. Cfr. fra gli altri A. BERTOLA, *L'acquisto e i primi ordinamenti dell'impero d'Etiopia*, in « Rivista di diritto pubblico », XXVIII, 1936, pp. 384-392; F. ORESTANO, *Debellatio e No Man's Land*, in « Rivista internazionale di filosofia politica e sociale », II, 1936, pp. 164-66; E. CUCINOTTA, *Della successione delle leggi penali in Etiopia*, in « Rivista delle colonie », XI, 1937, pp. 963-73; G. AMBROSINI, voce *Impero d'Etiopia (dell'A.O.I.)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, a cura di M. D'Amelio, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1938, vol. VI, pp. 737-56.

⁽¹⁶⁸⁾ AMBROSINI, *La natura giuridica dell'Africa orientale italiana*, cit., pp. 24-25. V. *supra* § 2.

giuridica, per un verso ripetendo, al suo interno, i moduli retorici dominanti, per un altro verso, però, stimolando anche l'apertura di prospettive e di strategie più ambiziose ⁽¹⁶⁹⁾.

Si diffonde il tentativo di ripensare la politica coloniale del fascismo alla luce del concetto di impero. L'impero ha la sua matrice in quella 'volontà di potenza' che fino dagli inizi del secolo veniva assunta come il fondamento antropologico dell'espansionismo coloniale e si concretizza in una forma politica che trascende le caratteristiche di uno Stato impegnato semplicemente ad ampliare il proprio territorio. L'impero è « il conato ad affermare e svolgere una di quelle grandi civiltà comuni a più nazioni, che bisogna indicare col nome di civiltà mondiali » ⁽¹⁷⁰⁾. Stato e impero non coincidono. Non basta che lo Stato sia forte, autorevole, aggressivo ed espansionistico per realizzare un disegno imperiale: occorre che esso sia il centro e il tramite di una civiltà dominante in una vasta area, una civiltà cui anche altri Stati e nazioni possono essere associati. Lo scenario internazionale si viene allora configurando come uno scacchiere dove diverse e incompatibili 'civiltà mondiali' si fronteggiano entrando inevitabilmente in contrasto fra loro.

La civiltà imperiale, la civiltà di cui è tramite e sostanza l'impero, non è una realtà meramente spirituale o politica, ma ha un preciso substrato razziale. Il conflitto fra imperi è conflitto fra razze; ed è un conflitto che può essere vinto soltanto da una razza consapevole della sua superiorità, la razza bianca. Questa razza, secondo Julius Evola, ha dominato il mondo grazie allo 'spirito oceanico', al senso dell'illimitato, al gusto per la conquista che la contraddistinguono, ma si è poi fatta irretire in quelle ideologie umanitarie ed egualitarie (e nelle loro più recenti ed esiziali con-

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. le belle pagine di LABANCA, *Oltremare*, cit., pp. 217 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ C. COSTAMAGNA, *L'idea dell'impero*, in « Lo Stato », VIII, 1937, 4, p. 199. Cfr. anche C. COSTAMAGNA, *Dottrina del fascismo*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1940², pp. 226 ss., dove si parla di « etnarchia imperiale ». Il concetto di 'grande spazio' deve essere per Costamagna collegato con il concetto di « etnarchia », inteso come « un complesso plurinazionale organizzato nei confronti di altri complessi plurinazionali autonomi » (C. COSTAMAGNA, *Chiarificazione sui concetti di spazio vitale e di grande spazio*, in « Lo Stato », XII, 1941, 12, p. 447). Cfr. anche C. COSTAMAGNA, *Autarchia ed etnarchia*, in « Lo Stato », XII, 1941, 1, pp. 14 ss.

crezioni, quali la Società delle nazioni, da un lato, e l'internazionalismo bolscevico, dall'altro lato) che minano alla radice l'idea di un dominio fondato sulla supremazia razziale ⁽¹⁷¹⁾.

L'impero fascista deve dunque instaurare una forte ed esplicita connessione fra la civiltà di cui si fa portatore e la razza che di quella civiltà è il supporto 'naturale'. È vero che l'impero romano (un obbligatorio punto di riferimento per la retorica fascista) non sembra avere tutte le carte in regola da questo punto di vista. Occorre però tener presente che i Romani, pur senza avere elaborato una precisa teoria razzista, per un verso, avevano edificato l'impero su quella « colonna antisemita » costituita dalla « lotta contro i Fenici di Cartagine », e, per un altro verso, avevano legato l'esercizio della sovranità alla distinzione fra *cives* e *peregrini*, offrendo per questa via, « a mezzo del concetto di cittadinanza, lo strumento giuridico per le discriminazioni razziali dell'epoca contemporanea ». È appunto dal « razzismo » come « sistema d'Impero », come « motore della rivoluzione imperiale », che nascono le due grandi direttrici della politica fascista: l'attacco all'ebraismo internazionale (alleato del bolscevismo), da un lato, e, dall'altro lato, la condanna del meticcio e l'affermazione di « quella gerarchia razziale che sola garantisce l'efficacia dell'autorità e del comando » ⁽¹⁷²⁾.

Consapevole del legame fra impero, civiltà e razza, il fascismo non può non imprimere alla colonizzazione un'impronta originale, superando nell'unità 'totalitaria' dell'impero l'antitesi fra colonia e madrepatria: se, per un verso, la colonia vive in funzione della metropoli (e in questo senso si può ancora parlare di 'colonia di sfruttamento'), per un altro verso, decisivo, è la metropoli che

⁽¹⁷¹⁾ J. EVOLA, *Il problema della supremazia della razza bianca*, in « Lo Stato », VII, 1936, 7, pp. 412-24.

⁽¹⁷²⁾ R. SERTOLI SALIS, *Imperi e colonizzazioni*, Milano-Varese, Istituto per gli studi di politica internazionale, 1942, pp. 329 sg. Cfr. anche P. LANDINI, *Lo stato imperiale fascista*, Pistoia, Tariffi, 1937. Nella sua celebrazione del nesso diretto fra Roma e fascismo Goffredo Coppola scriveva: « La legge Giulia del diciotto salvaguardava con speciali e severissimi provvedimenti la purità di razza dei due ordini contro ogni contagio straniero, e sanciva solennemente il principio che soltanto i romani e gli italici dovessero essere chiamati a posti di comando nell'amministrazione e nel governo dell'Impero » (G. COPPOLA, *L'eredità di Cesare*, Bologna, Zanichelli, 1938, p. 80).

riversa la sua popolazione sovrabbondante nella colonia. « L'Impero etiopico sarà popolato da milioni di italiani: dovrà restare popolato da milioni e milioni di italiani puri » (e proprio per questo è essenziale impedire che « la lebbra del meticcio » contamini la razza dominante ⁽¹⁷³⁾). Il fascismo imperiale propone quindi un nuovo tipo di colonizzazione: « organica integrale, di popolamento e di sfruttamento ad un tempo [...] » ⁽¹⁷⁴⁾.

Popolati dai coloni nel superiore interesse dell'impero, i possedimenti d'oltremare richiedono di essere governati con pugno di ferro. Governo imperiale significa rafforzamento del dirigismo e della centralizzazione, in nome di un'unità coincidente con la subalterna aggregazione delle colonie al centro dominante: « la volontà sovrana dello Stato circola, si irraggia in modo gerarchico e organico dal vertice alla periferia dell'ordinamento politico amministrativo imperiale » ⁽¹⁷⁵⁾.

Può essere a questo scopo invocata anche l'analogia non solo con l'impero romano, ma anche (e l'accostamento appare, di primo acchito, bizzarro) con l'impero inglese: un impero che, *teste* Bryce, ha governato giovandosi dell'esercizio dispotico del potere e della netta separazione fra occidentali e nativi ⁽¹⁷⁶⁾. In effetti, James Bryce aveva insistito su entrambi i temi, nel suo celebre saggio 'comparativo' sui due grandi imperi d'occidente, il romano e il britannico: « il governo degli inglesi in India è simile a quello dei Romani nelle province; è un governo dispotico. In India (come nelle province romane) tutto ciò che viene fatto a pro delle popolazioni non è mai fatto dalle popolazioni stesse » ⁽¹⁷⁷⁾. Dominio dispotico di un'esigua minoranza su una popolazione enorme, il governo

⁽¹⁷³⁾ G.M. SANGIORGI, *Imperialismi in lotta nel mondo*, Milano, Bompiani, 1939, pp. 172-79.

⁽¹⁷⁴⁾ G. MONDAINI, *Dal mercantilismo al corporativismo coloniale*, in « Rivista delle colonie », XI, 1937, p. 699. Cfr. anche C. COSTAMAGNA, *Impero e dominio*, in « Lo Stato », VII, 1936, 6, p. 324.

⁽¹⁷⁵⁾ LANDINI, *Lo stato imperiale fascista*, cit., p. 86.

⁽¹⁷⁶⁾ C. MANES, *Innovazione fascista e tradizione romana nella costituzione, organizzazione e amministrazione dell'impero*, Roma, Società italiana per il progresso delle scienze, XXV Riunione, Atti, vol. I, 1937, pp. 34-37.

⁽¹⁷⁷⁾ J. BRYCE, *Imperialismo romano e britannico. Saggi*, prefazione di G. Pacchioni, Torino, Bocca, 1907.

inglese in India deve far leva su « un'assoluta separazione fra governanti e governati. L'abisso che separa gli inglesi dagli indiani non si è venuto colmando in questi ultimi cento anni di continui rapporti, anzi vi sono alcuni che credono che sia diventato più profondo[...] » (178).

Certo, la possibilità di utilizzare Bryce nell'ottica imperiale del fascismo si arresta qui, dal momento che l'aspettativa di Bryce è perfettamente opposta, legata com'è a quella sorta di universalismo 'mondialista' (179) incompatibile con l'idea fascista di una pluralità di civiltà e di imperi separati e conflittuali. Pur nella lontananza 'prospettica' che lo separa da Bryce (e dalla sua riflessione sugli imperi del passato e del presente), il fascismo però è disposto ad accogliere dal passato (romano o britannico che sia) due aspetti del dominio nel quale si riconosce: la drastica separazione fra dominanti e dominati e l'esercizio dispotico del potere.

Del modello inglese apparirà quindi apprezzabile la distanza fra bianchi e indigeni, ma non certo l'apertura dell'amministrazione all'apporto dei nativi (che pure costituisce un tratto fondamentale del governo inglese in India fra Otto e Novecento). Lungi dall'essere coinvolti in qualche misura nel governo della colonia, i nativi devono essere governati tenendo presente loro natura infantile e

(178) Ivi, p. 90.

(179) Per Bryce, con la colonizzazione « si è venuta formando una specie di nuova unità del genere umano, la quale si manifesta nei più stretti rapporti politici e commerciali delle diverse parti del mondo; si palesa nell'affermarsi di alcune lingue come lingue mondiali, destinate a servire quale mezzo di comunicazione fra popoli diversi, cui apportano i tesori della letteratura e delle scienze accumulati dalle quattro o cinque nazioni che sono alla testa del movimento civile; e si compendia nella diffusione di un tipo di civiltà che è ovunque lo stesso nei suoi aspetti esteriori, e che è anche abbastanza uniforme nel suo contenuto intellettuale, in quanto insegna a ragionare sui medesimi schemi e ad applicare i medesimi metodi nella ricerca scientifica. Questa trasformazione si sta operando da secoli, ma negli ultimi tempi si è svolta così rapidamente da lasciar quasi prevedere il momento in cui sarà completa. Essa costituisce uno dei più grandi avvenimenti nella storia del mondo » (Ivi, p. 2). Su Bryce cfr. K. ROBBINS, *History and Politics: The Career of James Bryce*, in « Journal of Contemporary History », VII, 1972, 3-4, pp. 37-52; Th. KLEINKNECHT, *Imperiale und internationale Ordnung: eine Untersuchung zum Angloamerikanischen Gelehrten-liberalismus am Beispiel von James Bryce (1838-1922)*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1985; H. TULLOCH, *James Bryces American Commonwealth: The Anglo-American Background*, London, Royal Historical Society, The Boydell Press, 1988.

irrazionale: i 'negri' sono pigri e incapaci di programmare e proiettare la loro azione nel futuro e occorre quindi guidarli e controllarli, costringendoli, se necessario, al lavoro (sia pure sotto l'egida delle autorità) e ricorrendo, per i trasgressori, anche a punizioni corporali (le uniche ad essi comprensibili), purché inferte non da privati, ma dal potere pubblico ⁽¹⁸⁰⁾. Per i buoni, invece, non devono mancare gli interventi 'premiali', all'insegna di una « sorridente bontà verso gli indigeni meritevoli », che « deve essere un po' simile a quella che usiamo coi bimbi [...] » ⁽¹⁸¹⁾.

Gli antichi stereotipi (il 'negro' infantile/adolescenziale; il 'negro' irrazionale e incapace di uscire dall'attimo presente) resistono sotto i lustrini del 'nuovo' imperialismo fascista: la cui novità, per un verso, coincide curiosamente con l'auspicio di un 'ritorno alle origini', di una ripresa di un dispotismo 'puro', non ancora inquinato dalle 'assimilazionistiche' ubbie umanitarie ed egualitarie, mentre, per un altro verso, si traduce in una proiezione verso il futuro, nella tensione verso una radicale trasformazione dello scacchiere politico internazionale alla luce del nuovo concetto di 'civiltà imperiale'.

Vengono ancora in soccorso il mito di Roma e la *fabula* antica assunta come prefigurazione del presente (un presente che, piuttosto che 'inventare' una tradizione, azzerava le distanze e si annette il passato come proprio momento interno): Roma contro Cartagine; guerra fra imperi, quindi guerra fra razze (latini contro fenici) e guerra fra civiltà incompatibili; la logica occhiuta del capitale contro le energie generose di una popolazione sovrabbondante; l'impero britannico contro l'impero fascista, l'« imperialismo demo-plutocratico » contro « l'imperialismo totalitario o del popolo »; un imperialismo che coincide con la « sostanziale affermazione di una gerarchia di razza » e si traduce nel senso di una missione storica, pronta ad assumere il mondo intero come teatro della propria

⁽¹⁸⁰⁾ M. RAVA, *Politica sociale verso gli indigeni e modi di collaborazione con essi*, in Reale Accademia d'Italia. Fondazione Alessandro Volta, Convegno di scienze morali e storiche (4-11 ottobre 1938), *L'Africa*, Roma, Reale Accademia d'Italia, 1939, vol. I, pp. 771-73.

⁽¹⁸¹⁾ Ivi, p. 758.

realizzazione ⁽¹⁸²⁾. È appunto il senso di una missione l'elemento caratteristico della volontà imperiale di un popolo. L'impero non è uno stabile e inerte assetto di potere, ma è una forza espansiva, che diffonde « in senso missionario ed esclusivo la sua idea costitutiva ed il tipo di civiltà che rappresenta » ⁽¹⁸³⁾. Esso quindi, se espunge il conflitto all'interno dell'area da esso controllata ⁽¹⁸⁴⁾, è comunque partecipe della convinzione (che si pone al centro della tradizione 'imperialistica') della funzione storicamente feconda della guerra, della sua inevitabilità e della sua capacità creativa ⁽¹⁸⁵⁾.

La guerra d'Etiopia ⁽¹⁸⁶⁾ è il segnale di una riscossa e la denuncia di una situazione intollerabile: di quella spartizione iniqua delle risorse mondiali, consacrata a Versailles e indifferente al 'diritto demografico' (come lo aveva chiamato Luigi Valli), al 'diritto dei popoli alla terra', alle giuste esigenze degli Stati dotati di una popolazione sovrabbondante. « Tutta la politica del dopoguerra delle Grandi Democrazie è volta a consolidare la loro supremazia, ad impedire ogni alterazione di equilibri e ad ostacolare ogni spostamento di confini », in nome del principio dei 'beati possidentes' ⁽¹⁸⁷⁾. Occorre rivedere gli attuali equilibri internazionali a partire dall'Africa e dalla vitale importanza che essa riveste per l'Europa (e in particolare per l'Italia ⁽¹⁸⁸⁾). Occorre insomma

⁽¹⁸²⁾ SERTOLI SALIS, *Imperi e colonizzazioni*, cit., pp. 16-17.

⁽¹⁸³⁾ S. PANUNZIO, *Prime linee di una teoria dell'impero*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XX, 1940, p. 211.

⁽¹⁸⁴⁾ COSTAMAGNA, *L'idea dell'impero*, cit., p. 200.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. ad esempio CURCIO, *Lo Stato, la guerra e la pace*, cit.

⁽¹⁸⁶⁾ Sulla colonizzazione italiana in Africa Orientale cfr. A. DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale*, Roma-Bari, Laterza, 1976-84; I. TADDIA, *L'Eritrea-Colonia 1890-1952. Paesaggi, strutture, uomini del colonialismo*, Milano, Angeli, 1986; A. SBACCHI, *Il colonialismo italiano in Etiopia 1936-1940*, Milano, Mursia, 1980; R. PANKHURST, *Come il popolo etiopico resistette all'occupazione e alla repressione da parte dell'Italia fascista*, in *Le guerre coloniali del fascismo*, a cura di Del Boca, cit., pp. 256-87; H.M. LAREBO, *The Building of an Empire: Italian Land Policy and Practice in Ethiopia, 1935-1941*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

⁽¹⁸⁷⁾ E. MASSI, *Democrazie, colonie e materie prime*, in « Geopolitica », I, 1939, 1, p. 18.

⁽¹⁸⁸⁾ D'AGOSTINO ORSINI DI CAMEROTA, *Eurafrica*, cit., pp. 229-30; P. D'AGOSTINO ORSINI DI CAMEROTA, *La nuova Eurafica e l'asse* (Relazione al Convegno Italo-Tedesco di Studi Coloniali a Napoli il 22 marzo XIX), in « Geopolitica », III, 1941, 4, pp. 225-28.

ripensare il destino dell'Italia all'insegna di una vocazione imperiale che esige una ridefinizione degli spazi politici, nella consapevolezza del rapporto stretto che passa fra l'affermazione di una civiltà forte e vitale (tesa ad affermare la propria 'missione' nel mondo) e la sua proiezione spaziale-territoriale.

È in questo contesto che un saggio di Schmitt, dedicato al concetto di impero ⁽¹⁸⁹⁾, circola in traduzione italiana e presenta una serie di assunti preziosi per il tentativo (caratteristico del fascismo — o di alcune componenti del fascismo — a ridosso della seconda guerra mondiale) di imprimere alla tradizione coloniale italiana una svolta 'imperiale'.

Il primo assunto schmittiano è l'invito a prendere sul serio una dimensione a suo avviso insufficientemente tematizzata dal diritto internazionale: la dimensione dello spazio, del territorio; una dimensione — aggiunge Schmitt — trascurata a causa della « forte influenza della mentalità ebraica » (valgano gli esempi degli ebrei Kelsen e Nawiasky), « per sua natura » « priva di ogni attaccamento naturale alla terra » ⁽¹⁹⁰⁾. Occorre reagire a questa impostazione, al contempo, formalistica, statualistica e quietistica: il sistema del diritto internazionale non coincide con il sistema degli Stati e dei loro intangibili confini 'naturali' e occorre piuttosto tener conto del diritto dei popoli allo spazio e alla terra ⁽¹⁹¹⁾ (quel 'diritto demografico' che Schmitt sottolinea collegandosi, come ho già avuto occasione di ricordare, a uno scritto di Luigi Valli ⁽¹⁹²⁾).

Il 'diritto demografico' è per Schmitt senz'altro un potente argomento per valorizzare il rapporto vitale che intercorre fra il popolo e il territorio, ma non è ancora una teoria di questo rapporto. Per coglierne un'interessante premonizione occorre piuttosto guardare alla 'dottrina Monroe', che offre il primo esempio di « un principio spaziale nell'ordinamento internazionale » ⁽¹⁹³⁾. Questa dottrina non deve essere applicata meccanicamente ad altri contesti, ma racchiude in sé un'idea fondamentale: « un vero

⁽¹⁸⁹⁾ SCHMITT, *Il concetto d'Impero nel diritto internazionale*, cit.

⁽¹⁹⁰⁾ Ivi, pp. 5-6.

⁽¹⁹¹⁾ Ivi, p. 7.

⁽¹⁹²⁾ V. *supra* § 2.

⁽¹⁹³⁾ SCHMITT, *Il concetto d'Impero*, cit., p. 13.

principio spaziale, cioè la unione di un popolo politicamente cosciente, di una idea politica e di un 'grande spazio', retto da quella idea e chiuso agli interventi stranieri » (194).

Un popolo, un'idea politica nella quale esso si riconosca e uno spazio nel quale si proietti: sono questi i capisaldi di un ordine internazionale che vada oltre l'ottocentesco sistema degli Stati, ma al contempo si contrapponga alla visione britannica dell'impero, sostanzialmente concentrata sul controllo « delle vie di traffico ». Opera sullo sfondo un'antitesi familiare anche alla retorica imperiale fascista: l'anima commerciale e plutocratica dell'impero inglese contro le esigenze vitali di un popolo bisognoso di spazio (il 'diritto demografico', per intenderci). Per dar corpo a questa antitesi Schmitt cita infatti Mussolini, che a Milano, nel discorso del 1° novembre 1936, aveva sostenuto che il Mediterraneo, che per l'Inghilterra è una mera arteria di comunicazione, per l'Italia ha « il valore di uno spazio vitale » (195).

L'universalismo 'mercantile' dell'impero britannico contro « un diritto internazionale basato sul concetto di 'grandi spazi' concreti » (196), a loro volta identificabili come 'imperi'. Sono imperi, scrive Schmitt, « quelle potenze egemoniche e preponderanti la cui influenza politica s'irradia su un determinato 'grande spazio' e che per principio bandiscono da quest'ultimo l'intervento di potenze estranee » (197). E ancora: « il termine 'imperi', che qui proponiamo, esprime nel modo migliore l'essenza giuridica della connessione fra 'grande spazio', nazione ed idea politica [...] » (198).

È il concetto di impero che, superando l'idea ottocentesca di Stato, impedisce di pensare il diritto internazionale come un sistema di Stati formalmente eguali e permette di valorizzare le « differenze sostanziali e qualitative » fra i diversi ordinamenti politici. Occorre trasformare il diritto internazionale « da un mero ordinamento interstatale in un vivente diritto dei popoli », nella consapevolezza che un popolo non è eguale a qualsiasi altro. Non ogni popolo può

(194) Ivi, p. 20.

(195) Ivi, p. 28. In questo senso anche G. AMBROSINI, *I problemi del mediterraneo*, Roma, Istituto nazionale di cultura fascista, 1937.

(196) SCHMITT, *Il concetto d'Impero*, cit., p. 37.

(197) Ivi, p. 45.

(198) Ivi, p. 47.

darsi una possente organizzazione e condurre una guerra tecnologicamente complessa e proprio per questo l'ordinamento internazionale non può essere concepito come un sistema di Stati formalmente eguali. Per « dare alla terra un nuovo ordinamento » (199) occorre far leva su imperi capaci di escludere ogni altra potenza dal proprio spazio (e pronti a bloccare le « aspirazioni imperiali ed universalistiche » delle « democrazie occidentali » (200)). È dunque l'impero la struttura portante di un nuovo ordine internazionale, fermo restando che una dimensione 'imperiale' è accessibile solo a un popolo che possieda « un determinato grado di potenza », « una disciplina cosciente, una organizzazione gerarchica » e un efficace apparato di dominio (201).

Perché infine una siffatta idea di impero possa divenire realtà devono ricorrere per Schmitt alcune condizioni, che peraltro di recente si sono verificate: da un lato, il rifiuto degli « ideali di assimilazione e di fusione razziale professati dagli imperi delle democrazie occidentali » e l'affermarsi di « una concezione d'impero basata sull'idea di nazione e sollecita di ogni formazione etnica vitale » (202); dall'altro lato, l'esistenza in Europa di un « potente impero tedesco » centrato sull'idea della « realtà vitale » del popolo, « definita dall'indole e dalla stirpe, dal sangue e dal suolo » (203).

'Diritto demografico', diritto dei popoli alla terra, quindi diritto di rimettere in questione l'assetto geopolitico (apparentemente) consolidato; sostituzione del concetto di impero al concetto di Stato e superamento del dogma dell'eguaglianza formale degli Stati, a vantaggio della capacità egemonica di alcuni grandi 'popoli imperiali'; stretto rapporto fra ciò che un 'popolo' è (nella sua sovrabbondanza demografica e nella sua omogeneità etnica) e ciò che esso è in grado di fare sull'arena internazionale, conquistandosi il 'posto al sole' che si merita; infine, importanza della dimensione spaziale e territoriale, connessione necessaria fra l'identità politica di un

(199) Ivi, p. 54.

(200) Ivi, p. 57.

(201) Ivi, p. 54.

(202) Ivi, p. 46.

(203) Ivi, pp. 57-58. Su Schmitt e il concetto di 'grande spazio' cfr. J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, il Mulino, 1989, pp. 303-317; C. GALLI, *Genealogia della politica*, Bologna, il Mulino, 1996, pp. 867 ss.

popolo e la sua capacità di egemonizzare un territorio, di proiettarsi nello spazio: sono questi i temi messi a fuoco dal saggio schmittiano, destinati a incontrarsi e a fondersi con le aspirazioni 'imperiali' del tardo fascismo.

Il tema del 'grande spazio' e il rapporto vitale che collega un ordinamento politico al territorio non sono comunque una subitanea scoperta schmittiana ⁽²⁰⁴⁾. Nel suo saggio Schmitt accenna esplicitamente alla « scienza geo-politica capeggiata da Karl Haushofer », attribuendo ad essa il merito di aver richiamato l'attenzione sulla dimensione e sulla vocazione 'spaziale' dello Stato ⁽²⁰⁵⁾. In effetti, Haushofer stava sviluppando negli anni Trenta una prospettiva che, se per un verso affondava le sue radici nella geografia politica tedesca (e non solo tedesca) otto-novecentesca, per un altro verso si accreditava come l'inaugurazione di una vera e propria disciplina: la geopolitica.

Le radici remote della geopolitica di Haushofer possono essere ricondotte alla geografia politica di Friedrich Ratzel, docente a Lipsia fino al 1904. Ratzel, naturalista di formazione, iscritto nell'orizzonte positivistico e darwinistico caratteristico del suo tempo, assume come tema centrale della sua riflessione il nesso che a suo avviso intercorre fra un popolo politicamente organizzato e lo spazio. La 'antropogeografia' (è questo il titolo di una sua celebre opera ⁽²⁰⁶⁾) è lo studio delle dinamiche che inducono un popolo a impadronirsi di un territorio, a insediarsi, a espandersi. Il movi-

⁽²⁰⁴⁾ Una documentata ricostruzione del dibattito sul 'grande spazio' nella Germania fra le due guerre in M. SCHMOECKEL, *Die Großraumtheorie. Ein Beitrag zur Geschichte der Völkerrechtswissenschaft im Dritten Reich, insbesondere der Kriegszeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994 (ivi, pp. 243 ss., sulla recezione italiana del tema). Sulla 'fortuna' italiana di Schmitt cfr. C. GALLI, *Carl Schmitt nella cultura italiana (1924-1978). Storia, bilancio, prospettive di una presenza problematica*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », IX, 1979, 1, pp. 81-160; I. STAFF, *Staatsdenken im Italien des 20. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Carl Schmitt-Rezeption*, Baden-Baden, Nomos, 1991 (in particolare sui rapporti fra Schmitt e Costamagna, pp. 57 ss.). Sull'influenza di Schmitt su una delle varie accezioni attuali del termine 'impero' — l'accezione propria della 'Nuova destra' francese — cfr. D. ZOLO, *Usi contemporanei di 'impero'*, in « Filosofia politica », XVIII, 2004, 2, pp. 189-91.

⁽²⁰⁵⁾ SCHMITT, *Il concetto d'Impero*, cit., p. 7, p. 19.

⁽²⁰⁶⁾ FR. RATZEL, *Anthropogeographie. Grundzüge der Anwendung der Erdkunde auf die Geschichte*, Stuttgart, Engelhorn, 1899 (tr. ital. *Geografia dell'uomo (antropo-*

mento storico deve essere decifrato alla luce del bisogno primario delle popolazioni di disporre di una risorsa — lo spazio — tanto limitata quanto essenziale per la loro sopravvivenza. Non è possibile intendere l'organizzazione socio-politica di un popolo senza connetterla con un territorio che non è un dato estrinseco e politicamente neutro, ma è al contrario la condizione dell'esistenza e dello sviluppo dello Stato. La vitalità di un popolo e la sua decadenza si misurano in rapporto alla politica di espansione o di contrazione territoriale che lo contraddistingue: « la realtà geografica fa del movimento storico uno spostamento ininterrotto verso spazi sempre nuovi, un passare continuo da un territorio ad un altro ». « Lo spazio è elemento di forza per i popoli in via di incremento », mentre « i popoli decadono allorché diminuisce lo spazio da essi occupato » (207).

Determinante per la vita del popolo-Stato è dunque il suo *Lebensraum*, il suo spazio vitale (208). Nella prospettiva 'naturalistica' di Ratzel, è una legge essenziale di ogni organismo vivente lo spostamento nello spazio alla ricerca delle condizioni più favorevoli per lo sviluppo (209). Applicata al popolo-Stato, una siffatta legge si traduce nello sforzo che una comunità politico-sociale compie per ampliare il proprio territorio e coincide in sostanza con la spinta alla colonizzazione di nuovi spazi. La lotta darwiniana per l'esistenza si precisa in Ratzel come lotta per uno spazio che, come « Wohnraum » e come « Ernährungsraum » di una determinata popolazione, costituisce per essa un supporto vitale e indispensabile (210).

La visione geo-darwinistica (211) di Ratzel, per un verso, si inserisce perfettamente nel quadro culturale del positivismo ottocentesco, e, per un altro verso, è espressione della crescente

geografia). *Principi d'applicazione della scienza geografica alla storia*, Torino, Bocca, 1914).

(207) RATZEL, *Geografia dell'uomo*, cit., pp. 243-45.

(208) FR. RATZEL, *Der Lebensraum. Eine biogeographische Studie*, Tübingen, Verlag der Laupp'schen Buchhandlung, 1901, p. 5.

(209) Ivi, pp. 14 ss.

(210) Ivi, p. 56.

(211) H.-D. SCHULTZ, *Die deutsche Geographie im 19. Jahrhundert und die Lehre Friederich Ratzels*, in I. DIEKMANN, P. KRÜGER, J. H. SCHOEPS, *Geopolitik. Grenzgänge im Zeitgeist*, Band 1.1, Potsdam, Verlag für Berlin-Brandenburg, 2000, p. 70.

consapevolezza dell'impatto 'globale' (e non già solo 'endo-europeo') prodotto dal nesso fra lo Stato-potenza, la guerra e l'espansione coloniale: una consapevolezza condivisa dagli scritti coevi dell'americano Alfred Thayer Mahan (il teorico del *Sea Power*) come dell'inglese Halford Mackinder. In Germania però i temi centrali della geografia ratzeliana (il nesso costitutivo fra il popolo e il territorio e l'idea dello 'spazio vitale') si congiungono con una tradizione politico-giuridica, dominante nei paesi di lingua tedesca, che fa dello Stato, insieme, l'espressione più alta del popolo e la realizzazione di una potenza irresistibile (si pensi, come a un esempio emblematico, a Treitschke).

È a questa tradizione che guarda Haushofer (attraverso la mediazione dello svedese Rudolf Kjellén, inventore del termine 'geopolitica'), in una Germania afflitta, nel primo dopoguerra, dal trauma della sconfitta e della pace 'ingiusta'. Haushofer, che fonda nel 1924 la « *Zeitschrift für Geopolitik* », eredita da Ratzel il tema del *Lebensraum*, ma lo arricchisce in due direzioni: per un verso, lo innesta sul tronco di una visione organicistica ed etnicistica, e poi francamente razzista, del popolo ⁽²¹²⁾, mentre, per un altro verso, imprime alla nuova scienza, la geopolitica, una destinazione fortemente pragmatica. La geopolitica per Haushofer deve essere una scienza orientata alla pratica, capace di offrire al politico gli stessi servizi resi a un comandante militare da una buona carta geografica: l'obiettivo è restituire alla Germania il rango di una potenza mondiale, che sappia scrollarsi di dosso le umiliazioni e i vincoli imposti da Versailles ⁽²¹³⁾.

È in questo contesto che il tema dello spazio diviene (prima in Germania e poi in Italia) ideologicamente pregnante ⁽²¹⁴⁾. Occorre, certo, guardarsi da scorciatoie e semplificazioni. Nella Germania na-

⁽²¹²⁾ M. FAHLBUSCH, *Grundlegung, Kontext und Erfolg der Geo- und Ethnopolitik vor 1933*, in DIEKMANN, KRÜGER, SCHOEPS, *Geopolitik*, cit., p. 122.

⁽²¹³⁾ M. GÖRTEMACHER, *Politischer Zeitgeist und Geopolitik — Über die zeitbedingten Voraussetzungen anwendungsorientierter Wissenschaft*, in DIEKMANN, KRÜGER, SCHOEPS, *Geopolitik*, cit., pp. 23-24. Cfr. anche F. EBELING, *Geopolitik: Karl Haushofer und seine Raumwissenschaft 1919-1945*, Berlin, Akademie Verlag, 1994.

⁽²¹⁴⁾ Anche il sapere giuridico è contagiato dall'entusiasmo 'geopolitico', tanto che Manfred Langhans-Ratzburg dedica un'opera alla 'geogiurisprudenza'. Cfr. M. LANGHANS-RATZBURG, *Begriff und Aufgaben der geographischen Rechtswissenschaft (Geojurisprudenz)*, Berlin-Grünewald, Vowinkel, 1928.

zional-socialista, dove pure Haushofer si impegna a fondo per accreditare la geopolitica come indispensabile ancella della nuova politica tedesca, lo 'spazio' ('vitale' o 'grande' che sia) non è una parola d'ordine che non dia luogo a contestazioni e a conflitti. E a maggior ragione il quadro si complica quando entra in scena un personaggio intellettualmente complesso e raffinato come Carl Schmitt. Occorre quindi guardarsi dal 'dedurre' meccanicamente la sua idea di 'grande spazio' dalla letteratura geopolitica coeva e tanto meno forzare il *Nomos der Erde* e i testi del dopoguerra nel letto di Procuste delle inclinazioni ideologiche schmittiane degli anni Trenta. Nemmeno una scelta ermeneutica opposta è però storiograficamente convincente: non conviene trascurare (con un immotivato eccesso di 'carità interpretativa') i precisi rinvii di Schmitt a Haushofer né, in generale, passare sotto silenzio i punti di consonanza dei testi schmittiani con le ideologie dominanti nella Germania degli anni Trenta.

Leggendo questi testi *iuxta propria principia*, l'eco e il consenso conseguiti nell'Italia del tardo fascismo tanto dalle teorie schmittiane del 'grande spazio' quanto dalla geopolitica di Haushofer non appaiono il frutto di equivoci o forzature interpretative.

Certo, rispetto all'esperienza tedesca l'Italia accusa un forte ritardo, ma tenta come può, un quindicennio dopo la fondazione della « Zeitschrift für Geopolitik », di correre ai rimedi. Sono due geografi triestini, Ernesto Massi e Giorgio Roletto, che si propongono di innestare sulla tradizione geografica italiana la nuova prospettiva geopolitica e giungono in effetti (grazie alla fattiva collaborazione di Bottai) a far uscire, nel gennaio del 1939, una nuova rivista, « Geopolitica », con l'obiettivo di ereditare le aperture 'coloniali' della geografia italiana otto-novecentesca e al contempo inserirsi nello specifico tornante 'imperiale' del fascismo (215). Certo, l'Italia non è la Germania, nonostante la recente e ormai consacrata *liaison*. È tuttavia estensibile alla versione italiana della 'geopolitica' l'acuta considerazione svolta da Pier

(215) Cfr. M. ANTONSICH, *La rivista 'Geopolitica' e la sua influenza sulla politica fascista*, in « Limes », 4, 1994, pp. 269-78. Cfr. anche C. CALDO, *Il territorio come dominio. La geografia italiana durante il fascismo*, Napoli, Loffredo, 1982 e D. LOPRENO, *La géopolitique du fascisme italien: la revue mensuelle 'Geopolitica'*, in « Hérodote », 63, 1991, pp. 116-29.

Paolo Portinaro a proposito della geopolitica *in statu nascenti*: una disciplina, per un verso, consapevole che la spartizione del mondo è ormai compiuta e al contempo convinta di dover contribuire a riaprire una partita che sembrava ormai conclusa ⁽²¹⁶⁾.

Sono queste le esigenze di cui la geopolitica italiana (e la rivista che ne è l'espressione) si fanno carico, dando voce a quelle aspirazioni 'revisionistiche' (nei confronti del sistema varato a Versailles) portate alla ribalta dall'impresa etiopica. Il programma della rivista è limpidamente enunciato nel primo numero (che al saluto di Bottai unisce anche la benedizione di Karl Haushofer, accompagnata da un immancabile riferimento alla Roma imperiale ⁽²¹⁷⁾): movendosi nel solco degli ispiratori e dei fondatori (da Ratzel ⁽²¹⁸⁾ a Haushofer), la rivista intende studiare il momento dinamico dello Stato, superando la 'staticità' dell'approccio tradizionale; e porsi in una prospettiva 'dinamica' significa muoversi in sintonia con quella « geopolitica in atto » che è il fascismo, esprimendo « nel modo più completo la coscienza geografica, politica ed imperiale del Popolo Italiano » ⁽²¹⁹⁾.

Concentrata sulla dimensione espansionistica dello Stato nel-

⁽²¹⁶⁾ La geopolitica « si presenta così per un verso come la nottola di Minerva del dominio planetario, che leva il suo volo quando ormai la partita della grande appropriazione e spartizione dei continenti è stata giocata, e per l'altro come il gallo che annuncia con il suo canto il nuovo mattino di un ordine più giusto fra le nazioni » (P.P. PORTINARO, *Nel tramonto dell'occidente: la geopolitica*, in « Comunità », XXXVI, 184, 1982, p. 19). Sulla geopolitica in generale cfr. anche E. MASSI, *Geopolitica: dalla teoria originaria ai nuovi orientamenti*, in « Bollettino della Società geografica italiana », XXXIX, 1986, pp. 3-45; V. E. PARSİ, *Intorno alla geopolitica*, « Quaderni di scienza politica », II, 1995, 3, pp. 495-510; P. LOROT, *Storia della geopolitica*, Trieste, Asterios, 1997; É. COSTEL, *Géopolitique contemporaine: fragmentation et interdépendance*, Paris, P.U.F., 1997; G. LIZZA, *Geopolitica. Itinerari del potere*, Torino, UTET, 2001.

⁽²¹⁷⁾ K. HAUSHOFER, *Der italienischen 'Geopolitik' als Dank und Gruß!*, in « Geopolitica », I, 1939, 1, pp. 12-15.

⁽²¹⁸⁾ Ratzel peraltro era stato già segnalato in tempi non sospetti sulla « Rivista Geografica Italiana » da Olinto Marinelli che metteva a fuoco i concetti principali della *Politische Geographie* ratzeliana, non senza alludere alle sue conseguenze 'pragmatiche', che « si riassumono forse in tendenze espansioniste ed imperialiste » (O. MARINELLI, *La geografia politica di Federico Ratzel*, in « Rivista geografica italiana », X, 1903, 5, pp. 272-77).

⁽²¹⁹⁾ G. ROLETTO, E. MASSI, *Per una geopolitica italiana*, in « Geopolitica », I, 1939, 1, p. 11.

l'inquieto panorama internazionale dei tardi anni Trenta, la geopolitica si incontra immancabilmente con quell'idea di impero cui guardavano con interesse anche alcuni teorici della politica e del diritto: teorici che si muovevano all'interno di una diversa tradizione disciplinare, ma si mostravano sensibili alla tematizzazione schmittiana del 'grande spazio' e tentavano di svolgere intorno all'impero un discorso che andasse al di là dei meri esercizi retorici sui 'colli fatali di Roma'.

Un assunto importante è, ancora una volta, il superamento del concetto ottocentesco di Stato e del dogma della parità formale fra gli Stati. Superare questo approccio significa battere in breccia il razionalismo giuridico predicato dalle ideologie democratiche, far leva sulla « volontà di potenza e di vita di ciascun popolo »⁽²²⁰⁾ e abbandonare i miti pacifisti a favore di « quelle direttive classiche del *foedus* e dell'*hostilitas* » che il razionalismo classico pretendeva di superare⁽²²¹⁾. L'impero non è lo Stato-nazione della tradizione risorgimentale: è piuttosto la *reductio ad unum*, grazie all'azione di « un governo fortemente accentrato e possente », « delle diverse popolazioni, genti ed anche nazioni, che abitano nel vasto territorio dell'Impero » stesso⁽²²²⁾. L'impero trascende il nesso immediato fra nazione e Stato e si presenta come « un superamento della Nazione »: esso è, « dal punto di vista dello Stato, un ingrandimento di quest'ultimo, ossia uno Stato complesso, uno Stato gigante »⁽²²³⁾.

(220) C. COSTAMAGNA, *Fascismo e Società delle nazioni (Primo saggio di un diritto federale dei popoli)*, in « Lo Stato », VI, 1935, 6, p. 406.

(221) Ivi, p. 412.

(222) S. PANUNZIO, *Prime linee di una teoria dell'impero*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XX, 1940, p. 207.

(223) SERTOLI SALIS, *Imperi e colonizzazioni*, cit., p. 12. Scrive Luigi Vannutelli Rey, nella sua prefazione alla traduzione italiana, del '41, del libro di Schmitt: « Grande spazio (da non confondersi con 'spazio vitale', ossia con la sfera territoriale 'indispensabile' ad ogni popolo per la sua esistenza) è quel dato settore della superficie terrestre entro il quale, rispettivamente, nessuna delle grandi potenze mondiali, fattrici primarie della storia, può tollerare interventi estranei in terzi stati minori senza pregiudizio dei propri interessi materiali e morali. Non è necessario, in teoria, che gli stati minori formanti l'oggetto di questo divieto di intervento siano legati al maggiore da vincoli formali di vassallaggio, di federazione o di unione » (L. VANNUTELLI REY, *Prefazione*, in C. SCHMITT, *Il concetto d'impero nel diritto internazionale. Ordinamento dei grandi spazi*

Cade dunque il dogma secondo il quale esiste un unico concetto di spazio, « quello cioè coestensivo della sovranità politica di uno Stato »: uno spazio « inviolabile ed intangibile », che impone una « ripartizione dello spazio terrestre entro rigidi limiti politici ». Cade la finzione della « pretesa parità fra gli Stati », incapace di distinguere fra nazioni vitali e nazioni decadenti, e ci si orienta verso un'organizzazione internazionale fondata sulla preminenza di alcuni grandi complessi 'imperiali', sulla « funzione direttiva corrispondente agli spazi vitali ed ai grandi spazi » (224). Lo spazio in questione è dunque « quella regione geografica nella quale tutte le energie d'un popolo si fondono con il suolo » realizzando una condizione di autosufficienza economica sotto l'egida di uno Stato-guida — e l'esempio classico di una siffatta politica dello spazio è (Schmitt *docet*) la dottrina di Monroe (225). Viene in questo modo superato, facendo leva sul concetto geopolitico di spazio, la vecchia alternativa fra nazionalismo ed universalismo: l'universalismo (di stampo semitico) resta appannaggio delle potenze 'demoplutocratiche', mentre il fascismo si riconosce nella creazione di 'spazi imperiali' non riducibili agli ottocenteschi Stati-nazione, ma al

con esclusione delle potenze straniere, a cura e con prefazione di L. Vannutelli Rey e con appendice di F. Pierandrei, Roma, Biblioteca dell'I.N.C.F., 1941, p. 3). Grande spazio e impero appaiono strettamente connessi: « Secondo lo Schmitt, il concetto di grande spazio, combinato con quello della esclusione dell'intervento estraneo, si integra, quasi in un triangolo di sillogismo, con il concetto di 'Impero'. Nato come difesa istintiva di un settore geopolitico contro la turbativa esterna, ne sta diventando effettivamente, e tende a divenirlo ufficialmente, funzione coordinatrice e rappresentativa. Gli Imperi quindi, e non più gli Stati, saranno in avvenire i soggetti del diritto internazionale » (VANNUTELLI REY, *Prefazione*, cit., p. 5). Sul nesso fra « grande spazio, non intervento, impero » richiama l'attenzione Riccardo Monaco in un saggio dedicato a Schmitt (R. MONACO, *Gerarchia e parità fra gli Stati nell'ordinamento internazionale*, in « Rivista di studi politici internazionali », IX, 1942, p. 65). Sull'influenza di Heinrich Triepel (H. TRIEPEL, *Die Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938, tr. ital. Firenze, Sansoni, 1949) sul concetto schmittiano di 'grande spazio' insistono, oltre che Pierandrei (F. PIERANDREI, *La politica e il diritto nel pensiero di Carl Schmitt*, in SCHMITT, *Il concetto d'impero nel diritto internazionale* (1941) cit., p. 134), anche D. CANTIMORI, *Egemonia e imperialismo*, in « Civiltà fascista », IX, 1942, pp. 252 ss.

(224) L. CHERSI, *Considerazioni geopolitiche sul nuovo ordine internazionale*, in « Geopolitica », III, 1941, 4, pp. 206-207.

(225) Ivi, p. 210.

contempo legati alle precise determinazioni 'anti-universalistiche' del sangue e del suolo ⁽²²⁶⁾.

Non basta il suolo, occorre anche il sangue. La Germania è da tempo consapevole dell'importanza della politica razziale. Questa politica però non deve esaurirsi « nella eliminazione degli ebrei dai gangli della vita pubblica », ma deve estendersi a ogni aspetto dell'esperienza imperialistica e tradursi quindi nella rivendicazione del primato della razza bianca nei confronti dei sudditi coloniali ⁽²²⁷⁾. Sarà quindi una missione precipua dell'imperialismo italiano l'inversione di quella tendenza 'assimilazionista' di cui la Francia si è da tempo resa responsabile: esso quindi dovrà portare « l'europeo in Africa, non l'africano in Europa, con ciò adempiendo alla missione universalistica della civiltà moderna » ⁽²²⁸⁾.

Tanto per la Germania quanto per l'Italia vale quindi il principio generale per cui lo slancio espansionistico di un popolo suppone il rafforzamento della sua « omogeneità razziale ». Per l'Italia, certo, occorre tener presente che il « razzismo è stato ed è non soltanto metropolitano, ma anche e soprattutto coloniale » ⁽²²⁹⁾. Resta comunque indispensabile che la politica razziale propria del 'grande spazio' incentrato sull'asse Italia-Germania si faccia carico di entrambi i problemi, provvedendo all'espulsione degli ebrei e alla loro assimilazione in un altro continente (che non può essere però la Palestina dei progetti sionisti, dal momento che gli arabi saranno « chiamati in un prossimo futuro alla collaborazione mediterranea ed eurafricana » ⁽²³⁰⁾). Dovranno essere insomma contemplate misure diverse, a seconda che si tratti dell'Africa o dell'Europa; si dovrà ricorrere a semplici misure amministrative, per assicurare la difesa della razza bianca in Africa, mentre occorrerà pensare, per l'Europa, a migrazioni forzate di intere popolazioni. Resta comunque fermo ed essenziale l'obiettivo:

⁽²²⁶⁾ R. SERTOLI SALIS, *L'esperimento geopolitico*, in « Geopolitica », IV, 1942, 10, pp. 435-37.

⁽²²⁷⁾ SERTOLI SALIS, *Imperi e colonizzazioni*, cit., pp. 306-307.

⁽²²⁸⁾ Ivi, p. 327.

⁽²²⁹⁾ R. SERTOLI SALIS, *Razza e nazionalità nella pace d'Europa*, in « Geopolitica », III, 1941, 1, p. 12.

⁽²³⁰⁾ Ivi, p. 17.

la creazione di ordinamenti radicati in un 'grande spazio' e fortemente omogenei all'interno ⁽²³¹⁾.

Per quanto riguarda l'Europa, la geopolitica 'imperiale' implica una riorganizzazione gerarchica delle nazioni che la compongono, alla luce del superamento della vecchia idea di Stato (e di eguaglianza fra Stati ⁽²³²⁾). L'obiettivo è la creazione di un 'grande spazio' e il 'grande spazio', per l'Italia, è l'Eurafrica. Di Eurafrica comincia a parlare precocemente Paolo D'Agostino Orsini di Camerota, che vi accenna già nel 1930 e in seguito, dopo che il francese Guernier aveva svolto un analogo concetto in una sua opera ⁽²³³⁾, torna sull'argomento in un libro apposito: *Eurafrica. L'Europa per l'Africa. L'Africa per l'Europa* ⁽²³⁴⁾. L'Eurafrica è, come l'Eurasia, « la fusione di due continenti attraverso le terre ed i mari che li uniscono e le genti che li abitano ». Non si pensi ovviamente ad una miscelazione 'paritaria': al contrario, l'Africa esiste in funzione dell'Europa, è appositamente creata « perché serva, giovane e forte, a rinsanguare la vecchiezza dell'Europa

⁽²³¹⁾ Ivi, pp. 18-19. Sul tema del 'grande spazio' interviene anche l'autorevole padre Messineo, disposto a riconoscere, in armonia con le sue convinzioni colonialistiche, « il disagio interno a cui sono soggette alcune nazioni a causa della povertà del loro territorio e la densità della popolazione non corrispondente ai mezzi posseduti » (A. MESSINEO, *Lo spazio vitale*, in « Civiltà cattolica », 93, 1942, 1, p. 121), nonché il 'fatto' del dislivello di potenza e di civiltà fra Stati (A. MESSINEO, *Gerarchia e uguaglianza nell'ordine internazionale*, in « Civiltà cattolica », 92, 1941, 3, pp. 330-39), ma preoccupato della sostituzione del 'vecchio' concetto di Stato con il 'nuovo' concetto di Impero in nome del primato della politica sul diritto (A. MESSINEO, *Spazio e diritto*, in « Civiltà cattolica », 92, 1941, 4, pp. 153-63).

⁽²³²⁾ Cfr. D. COFRANCESCO, *Il mito europeo nel fascismo*, in « Storia contemporanea », XIV, 1983, pp. 5 ss.; M. ISNENGI, *Il mito di potenza*, in *Il regime fascista*, a cura di Del Boca, Legnani, Rossi, cit., pp. 139 ss.; E. GENTILE, *La Grande Italia. Ascesa e declino del mito della nazione nel ventesimo secolo*, Milano, Mondadori, 1997, pp. 181 ss.; D. RODOGNO, *Il nuovo ordine mediterraneo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, pp. 67 ss.

⁽²³³⁾ Guernier aveva già scritto un saggio per la « Quinzaine Littéraire » del 1930 e sviluppa ulteriormente nel libro del '33 l'idea dell'importanza dell'Africa per l'Europa e la necessità di una « mise en valeur » del continente africano e di un uso della forza strettamente funzionale a questo scopo. Cfr. E.-L. GUERNIER, *L'Afrique. Champ d'expansion de l'Europe*, Paris, Colin, 1933, p. 177.

⁽²³⁴⁾ D'AGOSTINO ORSINI DI CAMEROTA, *Eurafrica*, cit. Cfr. M. ANTONSICH, *Eurafrica, dottrina Monroe del fascismo*, in « Limes », 3, 1997, pp. 260-66.

[...]»; occorre quindi valorizzarla, « farne una appendice dell'Europa », appunto « costituire con essa l'Eurafrica » (235).

L'Africa è il 'grande spazio' naturalmente collegato con l'Italia (e, per suo tramite, con l'Europa) attraverso il Mediterraneo: quel Mediterraneo che, come proclama Mussolini nel discorso di Milano del '36, ricordato da Schmitt, non è una mera via di comunicazione commerciale (come per l'Inghilterra), ma è, per l'Italia, uno spazio vitale.

Già prima del '36, peraltro, e prima dell'*Eurafrica* di Paolo D'Agostino Orsini di Camerota, la prospettiva di un rapporto stretto fra l'Africa e l'Europa era stata avanzata in numerosi e autorevoli interventi ospitati in un grande congresso internazionale, dedicato all'Europa, organizzato dalla Fondazione Volta e tenutosi a Roma nel novembre del '32.

Si tratta di un congresso di grandi ambizioni e di notevole respiro, dove non mancano anche (sia pur minoritarie) voci dissenzienti, quale quella di Stephan Zweig, che invita ad « accentuare la comunanza tra tutti popoli d'Europa » più che i loro contrasti, nella convinzione che ciascuno appartiene congiuntamente alla propria nazione, alla patria comune europea e al mondo intero (236). Non è però il cosmopolitismo la parola d'ordine della maggioranza dei congressisti, bensì la celebrazione dell'Europa; un'Europa capace di imporre al mondo la sua civiltà, consapevole « che questa civiltà è superiore a tutte le altre, poiché possiede un valore assoluto » (237). L'Europa, fino a tempi recenti, è stata troppo poco cosciente di sé, ma ora è costretta ad accorgersi della sua sostanziale unità perché è sfidata, per un verso, dagli Stati Uniti, per un altro verso dalla rivoluzione bolscevica e infine dalla « rivoluzione anti-europea dell'Asia e dell'Africa musulmana », che rivolge contro

(235) D'AGOSTINO ORSINI DI CAMEROTA, *Eurafrica*, cit., pp. 4-5. Cfr. anche L. MAGUGLIANI, *Il mediterraneo centro geopolitico del blocco continentale euro-asio-africano*, in « Geopolitica », IV, 1942, 11, pp. 495-504 e in « Geopolitica », IV, 1942, 12, pp. 548-54.

(236) St. ZWEIF, *La disintossicazione morale dell'Europa*, in Reale Accademia d'Italia. Fondazione Alessandro Volta, *L'Europa*, Roma, Reale Accademia d'Italia, 1933, vol. I, pp. 385-86.

(237) G. DE REYNOLD, *L'Europa come unità (riflessioni sull'Europa)*, in Reale Accademia d'Italia. Fondazione Alessandro Volta, *L'Europa*, cit., p. 103.

l'Europa gli strumenti — i diritti dell'uomo — che essa stessa, nelle sue deviazioni democratiche ed umanitarie, ha prodotto. Proprio per questo l'Europa deve cessare di vergognarsi del « valore tradizionale e universale della propria civiltà e quindi del proprio valore e della legittimità della propria supremazia mondiale »⁽²³⁸⁾.

È nel far fronte comune contro l'incombente minaccia dei popoli colonizzati che l'Europa deve ritrovare la sua unità. Anche per Pietro Bonfante l'Europa, diffondendo la propria civiltà, ha trasmesso alle popolazioni extra-europee quei fermenti ideologici che alimentano l'attuale « crisi coloniale » e ora, per fronteggiare questa crisi, non può che seguire la via del rafforzamento della propria unità culturale e giuridica. Di fronte alla ribellione dei colonizzati, i colonizzatori devono superare gli egoismi nazionali e scoprire l'unità: « unificazione giuridica, unificazione coloniale, cittadinanza europea: ecco i postulati principali. Ogni possedimento coloniale delle potenze europee deve diventare un territorio libero di sfruttamento e popolamento per tutti i popoli della confederazione sotto la guida della Nazione titolare, la quale conserverebbe soltanto un diritto di preferenza »⁽²³⁹⁾.

L'Europa unita contro la marea montante dei popoli di colore: è una prospettiva che raccoglie non poche adesioni nel convegno. Si auspica la creazione di un programma di azione comune per contrastare la diffusione di un anticolonialismo fomentato dalla propaganda bolscevica⁽²⁴⁰⁾; si invoca, citando Albert Sarraut, la creazione di « un fronte unico di difesa degli Europei contro il pericolo di una rivoluzione coloniale »⁽²⁴¹⁾; tanto che il filosofo Francesco Orestano (nelle conclusioni generali del convegno) può dare per « concorde » l'opinione che vede nella « rivolta coloniale » l'effetto della « ideologia democratica per lungo tempo propagandata nel mondo, ma oggi in special modo sfruttata, a fini antieu-

⁽²³⁸⁾ F. COPPOLA, *La crisi dell'Europa e la sua 'cattiva coscienza'*, in Reale Accademia d'Italia. Fondazione Alessandro Volta, *L'Europa*, cit., pp. 233-51.

⁽²³⁹⁾ P. BONFANTE, *L'Europa e la sua civiltà*, in Reale Accademia d'Italia. Fondazione Alessandro Volta, *L'Europa*, cit., pp. 432-33.

⁽²⁴⁰⁾ M. OLIVIER, *L'Europa e il problema coloniale*, in Reale Accademia d'Italia. Fondazione Alessandro Volta, *L'Europa*, cit., pp. 456-57.

⁽²⁴¹⁾ C. MANFRONI, *La presunta crisi delle colonie*, in Reale Accademia d'Italia. Fondazione Alessandro Volta, *L'Europa*, cit., p. 463.

ropei, dall'azione bolscevica » (242) e presentare come condiviso l'invito a creare un fronte unico europeo contro le pretese 'emancipazionistiche' dei popoli di colore.

Certo, il fascismo imperiale di qui a non molto sceglierà di collegarsi con l'Europa attraverso l'asse privilegiato della Germania nazional-socialista. Ciò non impone però affatto una rinuncia agli ideali 'europeisti' di cui il convegno promosso dalla Fondazione Volta si era fatto interprete. L'impero fascista si ritiene comunque impegnato a imporre « la primazia morale della razza bianca nel mondo »: esso, come « erede di quella virtù romana che fu l'autrice appunto della identità civile dell'Europa [...] » si presenta come « un impero dello spirito europeo », come il trionfo, contro il cosmopolitismo settecentesco, della « solidarietà europea » (243). Mentre il colonialismo delle potenze democratiche tradisce l'Europa e « porta i senegalesi ed i malgasci sul Reno e sulle Alpi », l'imperialismo fascista, « nel tutelare la vita italiana, tutela anche quella europea » (244).

È spianata la strada a quella « solidarietà imperiale europea » (245) che Francesco Coppola torna a invocare in un successivo convegno organizzato dalla Fondazione Volta nel 1938 e dedicato all'Africa, quasi a suggello delle prospettive aperte nel precedente convegno del '32. E di nuovo Francesco Orestano può concludere il convegno sostenendo che da esso è emersa la convinzione « que l'Afrique [...] nous appartient d'une manière absolue et exclusive » (246). Il congresso ha quindi compiutamente verificato la prospettiva espressa da Orestano nel suo discorso di apertura: la necessità di occuparsi « dell'Africa [...] in funzione dell'Europa »,

(242) F. ORESTANO, *Riassunto generale dei lavori del Convegno (relazioni e discussioni)*, in Reale Accademia d'Italia. Fondazione Alessandro Volta, *L'Europa*, cit., p. 651.

(243) C. COSTAMAGNA, *Impero e dominio*, cit., p. 322.

(244) G.M. SANGIORGI, *Imperialismi in lotta nel mondo*, Milano, Bompiani, 1939, p. 9.

(245) F. COPPOLA, *Solidarietà imperiale europea*, in Reale Accademia d'Italia. Fondazione Alessandro Volta, Convegno di scienze morali e storiche (4-11 ottobre 1938), *L'Africa*, cit., vol. I, pp. 1552-56.

(246) F. ORESTANO, *Discorso* (Adunanza inaugurale), in Reale Accademia d'Italia. Fondazione Alessandro Volta, *L'Africa*, cit., p. 39.

perché « l’Africa le appartiene geograficamente e storicamente », e di « chiamare a raccolta sul continente africano, a difesa del prestigio europeo, tutte le forze politiche e spirituali [...] purché genuinamente europee » (247).

L’Europa, certo, si sarebbe di lì a un anno divisa nella più sanguinosa delle sue numerose ‘guerre civili’, la cui portata planetaria avrebbe a suo modo confermato il carattere ‘globale’ di quel processo di ‘civilizzazione’ decantato dall’ottimismo coloniale tardo-ottocentesco. E tuttavia, pur alla vigilia di quell’epocale conflazione, la contrapposizione fra ‘noi’ e ‘loro’, fra il ‘dentro’ e il ‘fuori’, fra i ‘civili’ e i ‘selvaggi’ era ancora in grado di proiettare sull’Europa il senso di un’unità di destino, che in sostanza coincideva con un’antica e ancora vitale vocazione a trasformare la percezione della diversità in una strategia di assoggettamento e di dominio.

6. *Cenni conclusivi.*

La sfida con la quale la sovranità coloniale è chiamata a misurarsi è la gestione delle differenze. Quelle differenze fra soggetti, che nell’Europa ottocentesca erano state prima drammatizzate dal conflitto sociale, ma poi in qualche modo contenute e ridotte dagli esperimenti di integrazione promossi dal nascente Stato sociale, emergono con estrema evidenza non appena il sovrano rivolge la sua attenzione dal ‘dentro’ al ‘fuori’.

È con le differenze che ha a che fare la sovranità. Questa però, se *intra moenia* sembrava procedere verso una loro progressiva riduzione, *extra moenia* adottava una politica specularmente contraria: nella sua proiezione coloniale, la sovranità non combatte le differenze per rendere più agevole il governo dei soggetti, ma le esalta per rendere indiscutibile il dominio. Sempre e comunque, se si vuole, la sovranità governa attraverso le differenze: in un caso però le assume come un ostacolo da superare, nell’altro caso come un presupposto da conservare.

Lungi dall’essere un’indifferente ed estrinseca vicenda ‘spaziale’, il passaggio dalla metropoli alla colonia incide profonda-

(247) Ivi, p. 49.

mente sulla rappresentazione della sovranità. Siamo di fronte non già a una sovranità sempre eguale a se stessa, quali che siano i destinatari della sua attività governante, ma a una sovranità che si trasforma e si adatta in funzione dei soggetti. La sovranità non procede imperturbabile dal 'dentro' al 'fuori', ma in questo accidentato percorso si trasforma in profondità, segnata da un dualismo che la investe direttamente.

La rappresentazione giuscoloniale del 'dentro' e del 'fuori' ha costantemente fatto ricorso all'opposizione fra 'civiltà' e 'non civiltà'. Certo, la più significativa discontinuità riscontrabile nella storia dell'Italia unita — il passaggio dallo Stato liberale allo Stato fascista — ha inciso anche sulla parabola coloniale (e giuscoloniale): non già però eliminando o sovvertendo l'opposizione civiltà/non civiltà, ma offrendo di essa un'interpretazione e una fondazione diverse.

Nella giuscolonialistica dell'Italia liberale l'opposizione civiltà/non civiltà trova un esito nel simbolo ambiguo e polisenso della 'civiltà'. Se l'opposizione fra civiltà e barbarie è il filtro socio-antropologico che permette di dare un nome e un senso alla dialettica del 'dentro' e del 'fuori', la 'civiltà' è il ponte che mette in rapporto i due mondi assegnando a ciascuno di essi una posizione e un compito.

Concepita come veicolo di civilizzazione, la colonizzazione sembra collocarsi senza sforzo nell'orizzonte di una filosofia della storia ispirata all'idea di progresso: una storia che procede 'dal basso verso l'alto', si lascia alle spalle l'arcaico e il primitivo e raggiunge le vette di una modernità che coincide con la civiltà europea ed occidentale. È l'Europa il centro dal quale guardare il resto del mondo. Certo, l'Europa è divisa in una molteplicità di Stati concorrenti e conflittuali, ciascuno dei quali costituisce per ciascun altro una zona 'esterna'. Esiste però un 'esterno dell'esterno' che azzerava le differenze 'endo-europee' rivelando all'Europa un'unità insospettabile finché ci si muove all'interno dei conflitti inter-statali: l'Europa è unita da una forma di civiltà che la distingue dal resto del mondo; è il mondo 'esterno' (esterno non all'uno o all'altro Stato europeo singolarmente considerato, ma all'intero 'sistema' degli Stati europei) che fa apparire precocemente e paradossalmente 'unita' un'Europa ancora lacerata dai conflitti.

È nei confronti di questo mondo 'esterno' e incivile che l'Europa coltiva la sua strategia 'civilizzatrice' e di questa strategia (delle sue caratteristiche e delle sue profonde ambiguità) la giuscolonialistica è uno specchio fedele. Civilizzare in nome del progresso significa attribuire all'arretratezza dei popoli 'altri' un carattere prevalentemente storico (l'arcaico contro il moderno) e ritenere quindi possibile e auspicabile il mutamento: ciò che è in ritardo con l'orologio della storia può essere messo al passo se una forza esterna interviene e sollecita la trasformazione.

La colonizzazione è il tramite necessario per la formazione di una civiltà che, ancora localizzata in Occidente, tende a espandersi e a divenire 'globale'. Il futuro prevedibile e auspicabile è dunque un mondo unificato intorno a quei parametri di civiltà già raggiunti in Europa e assunti dall'Europa come volano di una trasformazione destinata a investire il mondo intero. Le differenze, in questa prospettiva, lungi dall'essere un valore, costituiscono un ostacolo di cui è auspicabile il superamento: non solo le differenze culturali, ma anche le differenze razziali, destinate a cedere il posto a un 'meticcio' capace di esaltare le caratteristiche migliori delle diverse etnie.

In questo processo, lento ma irreversibile, di unificazione del mondo, la colonizzazione è una tappa indispensabile, dal momento che nessuna civiltà 'arcaica' riesce a evolversi e a modernizzarsi per virtù propria. La colonizzazione però deve essere rigorosamente raccordata al suo scopo: se lo scopo è la civilizzazione, gli Stati colonizzatori dovranno concepire il loro intervento come un'assunzione di responsabilità verso i popoli 'altri', come una tutela, una *trusteeship*. Una siffatta prospettiva, emersa in altre forme e con altre motivazioni in un passato più lontano e poi largamente condivisa tra Otto e Novecento, trova nell'ideologia wilsoniana, nel primo dopoguerra, la sua versione più conseguente e intransigente.

Veicolo di civilizzazione, la colonizzazione è però anche esercizio di un dominio che chiama in causa le principali risorse della sovranità metropolitana. È questo il campo di tensione da cui promanano le ambiguità caratteristiche della giuscolonialistica dell'età liberale: impegnata a perseguire la civilizzazione delle società 'arretrate', ma preoccupata di una fine troppo rapida dello

sfruttamento dei territori d'oltremare e incline a rinviare a un nebuloso futuro il momento dell'azzeramento delle differenze.

Nasce da questa ambiguità di fondo la politica nei confronti delle differenze: teoricamente destinate ad essere travolte dal trionfo della civiltà, esse si prestano ad essere usate (conservate, esaltate) in funzione di un dominio tanto più efficace quanto più collegato a uno 'stato di eccezione'. È su queste differenze che si modella la sovranità: i diversi 'tempi' della civiltà si rispecchiano nei diversi 'tempi' della sovranità; una sovranità 'moderna' con i popoli civili e 'arcaica' con le società arretrate; una sovranità *sub lege* (rispettosa della recente teoria dello Stato di diritto), per i cittadini, una sovranità più efficace perché libera da impacci formalistici per i sudditi coloniali. È la gestione delle differenze che rende complessa e articolata l'organizzazione (e la rappresentazione) della sovranità: l'enfaticizzazione della diversità (socio-antropologica) dei soggetti si incrocia strettamente (in un gioco di legittimazioni incrociate) con la celebrazione della potenza 'governante' del sovrano.

Quando l'Italia liberale scompare travolta dalla crisi del primo dopoguerra, la 'fascistizzazione' della giuscolonialistica non sovrverte alla radice una già sperimentata 'politica delle differenze', ma al contempo introduce innovazioni che toccano tutti i punti nevralgici del sapere giuridico-coloniale.

Se nella tradizione pre-fascista l'ethos della civilizzazione e l'esperienza del dominio si intrecciavano formando un ambiguo e contraddittorio *mélange*, anche se non mancavano franche dichiarazioni di scetticismo nei confronti della missione civilizzatrice, con il fascismo il 'realismo' diviene la strategia retorica dominante e la logica del dominio assume una visibilità e una centralità crescenti. Non c'è bisogno di andare alla ricerca di complicate giustificazioni per l'assoluto dispiegarsi del potere sovrano: la legittimazione del potere coincide con la celebrazione della sua irresistibile efficacia.

Dall'ambiguità (o equivocità o 'doppiezza') della retorica coloniale otto-novecentesca si passa ad una lineare 'univocità' che esalta, della civiltà europea, la capacità di auto-affermazione e la forza espansionistica e dominatrice. È il 'fatto' del dominio che trova in se stesso la giustificazione del suo esserci. Decresce

l'ambiguità' della colonialistica pre-fascista e si riduce la tensione interna alla rappresentazione e all'organizzazione della sovranità. Certo, vige ancora la distinzione fra 'norma' ed 'eccezione', fra una 'norma' legata alla civiltà metropolitana e un'eccezione' imposta dal governo dei sudditi coloniali. La divaricazione interna alla sovranità però tende a ridursi nella misura in cui emerge in primo piano il tratto comune alle 'due' sovranità: la funzione governante del sovrano, l'eccedenza del potere sulla norma, la sua 'assolutezza', la sua sacrosanta insofferenza nei confronti dei vincoli 'formalistici', tanto nella metropoli quanto nella colonia. La celebrazione del dominio, da questo punto di vista, rende più semplice e univoca la retorica coloniale e riduce le distanze fra il 'dentro' e il 'fuori'.

Quando però si consideri non la visione della sovranità, ma la rappresentazione dei soggetti, le differenze, anziché ridursi, vengono drammaticamente accentuate. Anche la pubblicistica pre-fascista, certo, valorizzava le differenze in funzione del governo dei soggetti. Da questo punto di vista, il fascismo si muove in un solco sostanzialmente già tracciato, adottando e rafforzando l'anatema nei confronti della strategia ('egualitaria') della 'assimilazione': la parola d'ordine è il rispetto delle tradizioni locali, la conservazione delle differenze, nella convinzione che una 'politica di dispotismo decentralizzato' (per usare l'espressione di Mamdani) sia la più efficace strategia di governo. Continua la sinergia fra il 'sistema delle differenze' e il governo dei soggetti. Ciò che cambia drasticamente, nel maturo fascismo, è la fondazione e la rappresentazione della differenza: è la razza e non la civiltà a differenziare i soggetti. La civiltà resta certo un tratto caratterizzante, ma essa è soltanto una variabile dipendente e non una grandezza autosufficiente. La differenza fra i soggetti è non già storica, ma biologica, e come tale rigida, determinata una volta per tutte, sottratta a ogni possibilità di mutamento.

Divengono di conseguenza improponibili alcune caratteristiche della colonialistica pre-fascista. Cade il mito di una civilizzazione capace di avvicinare (sia pure entro un processo lento e graduale) la colonia e la metropoli: non si dà una (finale) unificazione del mondo nella forma di una civiltà unitaria (moderna, europea); non ha senso uno sforzo di 'occidentalizzazione' delle culture 'altre'. Ancor più esecrabile appare l'ipotesi di un superamento delle

differenze razziali: al contrario, la minaccia più seria che l'Italia imperiale si trova di fronte è proprio il meticciato. Le differenze devono essere prese sul serio e il fascismo dichiara di voler conservare il costume, la religione, la cultura dei nativi. Il rispetto delle differenze tuttavia, declinato secondo il dominante paradigma razziale, coincide con l'affermazione dell'insuperabile subalternità delle società extra-europee (e africane in particolare). Resta ferma l'opposizione fra civiltà e non civiltà: la civiltà però è semplicemente l'epifenomeno del dominio e questo a sua volta è inseparabile dall'identità razziale del popolo che lo esercita.

È in questo orizzonte che il mito dell'impero acquista uno spessore maggiore di quanto potremmo supporre se guardassimo soltanto alla retorica coltivata dai mezzi di comunicazione di massa. L'impero non è soltanto l'innocuo lustrino di un abito da parata. L'impero è la vivente sconfessione di ogni possibilità di contatto fra culture; è la riconduzione delle differenze alla soggezione; è il trionfo del dominio come tale; l'impero è l'utopia (o la distopia) della cancellazione dell'ombra che le zone 'esterne' proiettano minacciosamente sulla cittadella metropolitana.

LUIS RODRÍGUEZ-PIÑERO

EL CÓDIGO COLONIAL: LA ORGANIZACIÓN
INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LOS
'TRABAJADORES INDÍGENAS' (1919-1957) (*)

The whole question is certainly one of the most important which has arisen from the creation of the International Labour Organisation ⁽¹⁾.

That in itself is a stereotyping of imperialism, it is a perpetuation of a double standard for humanity ⁽²⁾.

1. Distinctions of civilisation: la OIT y los 'trabajadores indígenas'. — 2. Una 'misión sagrada': la doctrina de la tutela y los derechos de los 'indígenas'. — 3. A civilized labour policy: la OIT y el colonialismo clásico (1930-1936). — 4. Welfare colonialism: la OIT y la descolonización (1944-1955). — 5. En países independientes: la emergencia del régimen contemporáneo sobre derechos indígenas. — 6. Epígono colonial: el caso de Portugal. — 7. Epílogo postcolonial: del derecho colonial a los derechos indígenas.

1. *Distinctions of civilisation: la OIT y los 'trabajadores indígenas'*.

En 1926, el delegado de los trabajadores de la India ante la octava sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo presentó un proyecto de resolución en el que se invitaba al Consejo de

(*) El presente artículo es una extensión de la investigación doctoral del autor sobre la historia de la OIT y los pueblos indígenas. La tesis doctoral será publicada próximamente con el título *Indigenous Peoples and the History of International Law: The ILO Regime (1919-1989)*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁽¹⁾ *Report of the Director* en International Labour Conference (I.L.C.), *International Labour Conference, III Session (Geneva, 1921): Record of Proceedings*, Geneva, International Labour Office, 1921, II, p. 941.

⁽²⁾ Intervención de MEHTA, delegado de los trabajadores de la India, en I.L.C., *International Labour Conference, XVII Session (Paris, 1945): Record of Proceedings*, Geneva, International Labour Office, 1945, I, p. 227.

Administración, el órgano ejecutivo de la organización, a realizar una investigación sobre las condiciones de vida de los trabajadores «nativos» y «de color» («native and coloured workers») en África y América. El texto presentado por el delegado de la India no hacía sino extender el ámbito de aplicación de una resolución aprobada por la Conferencia sólo un año antes, relativa a la recopilación y publicación de información relativa a los países asiáticos, y «más específicamente» a las «colonias, protectorados y territorios bajo mandato» en Asia (3).

A pesar del indudable contenido 'humanitario' de la propuesta, la resolución se enfrentó a una oposición vehemente de parte de algunos de los delegados de los países directamente afectados por la misma. El delegado de Sudáfrica fue el primero en tomar la palabra. Su oposición a la propuesta de resolución no se basó en una negación de las duras condiciones del trabajo de los trabajadores «nativos y de color» en Sudáfrica. De hecho, «distinctions of civilisation, racial instincts and tribal traditions», indudablemente existían en su país, pero distinciones creadas la Naturaleza «in her unherring wisdom» (4). La diferencia en el nivel de 'civilización' entre los 'ciudadanos' de origen 'racial' inglés u holandés y «the vile races of the Bantu», «just emerging from conditions of savagery into the elementary scale of civilisation», explicaba por qué los 'trabajadores indígenas' se encontraban sujetos a condiciones de excepción. Era la lógica de la misión civilizatoria: el diferente grado de 'civilización' genera el deber de la parte más avanzada, como «[the father that] guides and guards the younger ones until they are grown [and] can safely be left to guide their own affairs» (5). La responsabilidad del hombre blanco, «in [his] effort to change barbarism» (6), representaba un compromiso moral que iba más allá de los esfuerzos de construcción de

(3) *Vid.* Resolution (No. 6) Concerning An Enquiry Into Conditions of Labour in Asiatic Countries, submitted by Mr. Joshi, Indian Workers' Delegate, reproducida en I.L.C., *International Labour Conference: VII Session (1925): Record of Proceedings*, Geneva, International Labour Office, 1925, II, Appendix XII, p. 837.

(4) Intervención de COUSIN, Delegado del gobierno de Sudáfrica, en I.L.C., *International Labour Conference VIII session (1926): Record of Proceedings*, I, p. 261.

(5) *Ibidem.*

(6) *Ivi*, p. 262.

un orden jurídico internacional tras la Gran Guerra, y de las restringidas competencias de la reciente organización internacional (7). La civilización, la misión y los estándares derivadas de ella, eran considerada como parte constitutiva del orden mundial de entreguerras, como algo dado (8).

El delegado sudafricano no fue el único en exteriorizar su oposición a la propuesta de resolución. Otra parte concernida, la americana, tenía algo que añadir: « dans tout l'Amérique Latine, il n'existe pas de main d'oeuvre de couleur ni de main d'oeuvre indigène » (9). En América, sólo existían trabajadores (« la main d'oeuvre tout simplement » (10)) y ciudadanos (« [t]ous sont des citoyens » (11)). Todos ciudadanos, todos beneficiados de los mismos derechos, en condiciones de libertad, « the same rights and the

(7) Ivi, p. 261 (« [d]istinctions of colour do not [...] enter into the affairs of this [International Labour] Conference »).

(8) Sobre la noción del 'estándar de civilización' y su papel en la justificación internacional del colonialismo durante los siglos XIX y XX, véase en general S. J. ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 58-72 (una introducción histórica al estatuto jurídico internacional de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los positivistas); A. ANGHIE, *Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law*, « Harvard International Law Journal » XL, 1999, 1, p. 4 ss. (discutiendo la relación entre la noción de 'civilización' y el nacimiento del derecho internacional contemporáneo); B. CLAVERO, *Positive Morality: La incógnita decimonónica del derecho internacional (A propósito de Potenza e Ragione de Stefano Mannoni)* in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXVIII, 1999, 2, 1132 (enfaticando las asunciones colonialistas y genocidas de la noción de 'civilización' en el derecho internacional del siglo XIX); Id., *Diritto della Società Internazionale*, Milano, Jaca Books, 1995, pp. 27-30; G. W. GONG, *The Standard of Civilisation in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 14-53; M. KOSKENNIEMI, *The Gentler Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 70-96 (discutiendo la emergencia del derecho internacional como disciplina 'científica' en respuesta al impulso de la 'civilización'); P. THORBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2003, pp. 72-74 (vinculando la doctrina jurídica internacional de la jerarquía de las civilizaciones con nociones de evolución cultural propias del darwinismo social).

(9) Intervención de COUSIN, Delegado del gobierno de Sudáfrica, en I.L.C., *International Labour Conference 1926*, cit., p. 263.

(10) *Ibidem*.

(11) *Ibidem*.

same freedom » (12). Las distinciones en la ciudadanía, toda ruptura del principio de igualdad, incluso para nombrar a sujetos, los indígenas, no cabía en unas repúblicas nacidas de la herida del colonialismo y heredadas de una cultura constitucional miope para el reconocimiento de sujetos distintos al individuo (13).

El debate generado por la propuesta India en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1926 es sólo un botón de muestra de principios normativos que orientan los primeros intentos del derecho internacional por disciplinar el colonialismo. Y el foro de este debate resulta de una particular importancia. A raíz de su creación en 1919, y durante más de tres décadas, la OIT acometió la regulación de las condiciones laborales de los ‘trabajadores indígenas’, dando así lugar al corpus jurídico internacional más ambicioso hasta la fecha sobre la cuestión colonial, muy por encima de los tímidos esfuerzos de su organización matriz, la Sociedad de Naciones (14). Heredera de las asunciones civilizatorias plenamente vigentes y abiertamente expresadas en este periodo, la OIT se convirtió en la organización internacional colonial *par excéllance* en el periodo de entreguerras, en lo que constituye un capítulo a menudo olvidado del orden jurídico internacional del colonialismo.

Pero el interés del papel de la OIT en la regulación de las condiciones de vida y de trabajo de los denominados ‘trabajadores

(12) Ivi, p. 267.

(13) Para una problematización del estatuto jurídico de los pueblos indígenas en el seno de la cultura constitucional, entendida como la tradición jurídica occidental que predica los derechos del individuo y del estado, con el efecto de desconocimiento de sujetos y derechos intermedios, véase B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México D.F., Siglo XXI, 1994; Id., *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

(14) El debate en torno a la resolución propuesta por el delegado de los trabajadores indios en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1926 llevó a una conclusión más fácil de lo que parecía entreverse. El representante del Imperio Británico llamó la atención sobre el hecho de que el Consejo de Administración había ya nombrado un Comité de Expertos en Trabajo Indígena responsable de llevar a cabo una investigación internacional sobre la materia (*‘namely the native labour enquiry’*). I.L.C., *International Labour Conference 1926*, cit., p. 263. La Conferencia de 1926 adoptó finalmente una resolución en la que daba la bienvenida al trabajo del Comité de Expertos en esta materia. Ivi, p. 273. Sobre la constitución y actividades del Comité de Expertos en Trabajo Indígena, *vid. infra*, nota 54 y texto correspondiente.

indígena' no se agota en una mera seducción historiográfica. La Organización Internacional del Trabajo es depositaria de los dos únicos instrumentos jurídicos internacionales con efectos vinculantes en materia de pueblos 'indígenas', el Convenio sobre Poblaciones Indígenas, Tribuales [*sic*] y Semitribuales [*sic*] en Países Independientes (No. 107) de 1956 ⁽¹⁵⁾, y su sucesor, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (No. 169) de 1989 ⁽¹⁶⁾, referentes fundamentales en la defensa contemporánea de los derechos de estos pueblos en América Latina y en otras partes del mundo. Estos instrumentos convierten a la OIT en un testigo excepcional, por veces el único, en el proceso histórico de emergencia del régimen internacional de los derechos de los pueblos indígenas. La transición del 'todos somos ciudadanos' y del 'no existen indígenas' a un régimen *sui generis* de derechos indígenas es sólo posible gracias a una compleja evolución histórica y normativa que hunde raíces profundas en los discursos, asunciones y categorías del colonialismo, comenzando por la reconceptualización de la propia categoría de 'indígena', la categoría postcolonial por excelencia del nomenclátor internacional.

2. *Una 'misión sagrada': la doctrina de la tutela y los derechos de los 'indígenas'.*

Para comprender los términos exactos de la discusión que tuvo lugar en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1926 es necesario retrotraernos unas décadas atrás. Ligada genéticamente a la doctrina de la tutela, la entrada de la OIT en la regulación de las condiciones de vida y de trabajo de los 'trabajadores indígenas' sólo puede explicarse como un epifenómeno de la primera internacio-

⁽¹⁵⁾ Convenio de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Integración y Protección de las Poblaciones Indígenas, Tribuales y Semitribuales en Países Independientes, N° 107, adoptado por la 40ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 26 de junio de 1957 (entrado en vigor el 2 de junio de 1959) [en adelante, 'Convenio No. 107'].

⁽¹⁶⁾ Convenio de la Organización Internacional del Trabajo relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, N° 169, adoptado por la 76ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 7 de junio de 1989 (entrado en vigor el 5 de septiembre de 1991) [en adelante, 'Convenio No. 169'].

nalización del colonialismo durante el ‘siglo largo’ que termina en 1914, un siglo marcado por la relación entre el imperialismo y el derecho internacional (17).

La escuela positivista desarrolló una versión del derecho internacional basada en nociones eurocéntricas de ‘civilización’, que propugnó una rígida división de la humanidad en pueblos ‘civilizados’ europeos o de descendencia europea y los pueblos ‘incivilizados’, ‘indígenas’, sometidos histórica o contemporáneamente al dominio colonial de los primeros. Como ha señalado Anthony Anghie, la doctrina positivista articuló una ‘dinámica de diferencia’ que condujo a la exclusión de los pueblos no europeos de los atributos de la soberanía internacional, santificando así la adquisición histórica — una practica entonces todavía en plena vigencia — de sus territorios por medios coloniales (18). Excluidos del centro del derecho internacional, los pueblos no europeos fueron relegados a las periferias del sistema (19). Uno de estos espacios periféricos fue la denominada doctrina de la tutela, la ‘misión sagrada’ de la ‘civilización’ (20).

La tutela no sólo se concebía un deber hacia los pueblos ‘incivilizados’, sino a la ‘familia de naciones civilizadas’ en su conjunto — un ‘mandato dual’, en los términos hecho famosos por Lord Lugard (21). Esta dimensión, derivada de los aspectos societarios implícitos en la propia noción de ‘civilización’, constituyó la base para la gradual internacionalización de la cuestión colonial en el último cuarto del siglo XIX (22). La Conferencia de Berlín de 1885, la indicación más clara de los primeros intentos por disci-

(17) Vid. E. HOBBSWAN, *The Age of Empire: 1875-1914*, New York, Vintage Books 1989, [1987], pp. 8 ss.

(18) ANGHIE, *Finding the Peripheries*, cit., pp. 5, 24-25.

(19) Ivi, p. 3.

(20) ANAYA, *Los pueblos indígenas*, cit., p. 24. Sobre del desarrollo histórico de la doctrina internacional de la tutela, véase en general, R.N.CHOWDHURI, *International Mandates and Trusteeship Systems: A Comparative Study*, La Haya, Martin Nihjoff, 1955, pp. 16-20; H. D. HALL, *Mandates, Dependencies and Trusteeship*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1948, pp. 33-35; Q. WRIGHT, *Mandates Under the League of Nations*, Chicago, Chicago University Press, 1930, pp. 3-15.

(21) Vid. Lord LUGGARD, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, Handem (Conn.), Archon Books, 1965⁵.

(22) ANGHIE, *Finding the Peripheries*, cit., pp. 25-26.

plinar la práctica colonial, suele citarse convencionalmente como el primer ejemplo de positivización de la tutela en el derecho internacional. De hecho, aunque el interés principal de la conferencia la partición territorial de África, la Conferencia se iluminaron también otros aspectos generales de la cuestión colonial, incluyendo la regulación del tratamiento internacional de los ‘indígenas’ (23). En este sentido, el artículo VI del Acta Final de la Conferencia proclama el compromiso de los estados signatarios de « conservation of the indigenous populations [populations indigènes], and the amelioration of their moral and material conditions, and to strive for the suppression of slavery and specially the negro slave trade[,] instructing the natives [indigènes] and bringing home to them the blessings of civilization » (24). Estos mismos asuntos — el mejoramiento de las condiciones de vida y la ‘civilización’ de los ‘indígenas’, y la proscripción de la esclavitud — fueron objeto de varias conferencias internacionales que continuaron la panta iniciada en Berlín en el sentido de la positivización de tutela, incluyendo las conferencias de Bruselas de 1890 y San Germain de 1919 (25).

En el momento en que estas ideas eran articuladas, la noción de ‘civilización’ y la estricta división jerárquica de la humanidad derivada de ella tenían más relevancia e para el derecho internacional que el estatuto jurídico de las áreas geográficas con presencia ‘indígena’. Así, la doctrina de la tutela no se limitaba necesaria-

(23) Ivi, p. 58.

(24) Acta General de la Conferencia de Berlín sobre África Occidental, 26 de febrero de 1885, art. 6, reproducida en *The Scramble for Africa: Documents on the Berlin West African Conference and Related Subjects 1884-1885*, compilación, traducción del francés y del alemán, y edición de R.J. GAVIN y J.A. BETLEY, Ibadan (Nigeria), Ibadan University Press, 1973, p. 291.

(25) Véase Acta General de la Conferencia de Bruselas relativa al Tráfico de Esclavos en África, 2 de julio de 1890, 173 « C.T.S. » 293 (1890); Convención que revisa el Acta General de Berlín del 26 de febrero de 1885 y el Acta General y la Declaración de Bruselas, 2 de julio de 1890, Saint-Germain-en-Laye, 10 de septiembre de 1919, 225 « C.T.S. » 500. Sobre las iniciativas internacionales de disciplinamiento de la práctica colonial en el período anterior al sistema de mandatos de la Sociedad de Naciones, véase, en general, M. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward territories in International Law: Being a Treatise on the Law and Practice relating to Colonial Expansion*, New York, Negro Universities Press, 1969 [1926], p. 333 ss.; WRIGHT, *Mandates*, cit., pp. 19-23.

mente a las situaciones de colonialismo formal, sino que también se aplicaba a las relaciones entre los estados postcoloniales y los pueblos enclavados 'indígenas' dentro de sus fronteras ⁽²⁶⁾.

La doctrina internacional de la tutela cristalizó en el periodo de entreguerras a raíz de su inserción en el Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919, una reliquia de un periodo histórico caracterizado más por el apogeo del colonialismo que por su interdicción. El Pacto incluye dos referencias explícitas a la tutela. La primera de ellas se encuentra en el artículo 22, que define los objetivos del sistema de mandatos:

« To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world, there should be applied the principled that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilisation and that securities for the performance of this trust should be embodied in the Covenant » ⁽²⁷⁾.

A parte del sistema de mandatos, restringido a los territorios coloniales despojados de las potencias derrotadas en la guerra, la tutela se consagró en el artículo 23 del Pacto, que recogió el compromiso de los estados miembros de garantizar « just treatment of the native inhabitants [populations indigènes] of the territories

⁽²⁶⁾ ANAYA, *Los pueblos indígenas*, cit., pp. 24-25. Escribiendo en 1919, Alpheus H. SNOW, el autor de un famoso tratado sobre los derechos de los 'aborígenes' en el derecho internacional, sostuvo que la doctrina de la tutela se aplicaba a los 'pueblos dependientes' que se encontraban tanto en los territorios coloniales como en los no coloniales: « the general nature of the jural relationship which a civilized state exercises over all its colonies and all its dependent communities, whether these communities be in colonies, or within its domestic territories or located externally to both, is best described by the word trusteeship [which is] an incident of the sovereignty of each civilized State ». A. H. SNOW, *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*, 1979 [1919], p. 36.

⁽²⁷⁾ Pacto de la Sociedad de Naciones, Parte I del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y las Potencias Asociadas y Alemania, Versalles, 28 de junio de 1919, entrado en vigor el 10 de abril de 1920, 225 « C.T.S. » 195 (1919), art. 22 (énfasis añadido). El mismo artículo incluye una referencia a « the interests of the indigenous populations [populations indigènes] » en relación con los mandatos de tipo 'C'.

under their control» (28). Su formulación amplia, no limitada necesariamente a los territorios sometidos a mandato o a cualquier otro tipo de dominio colonial, sugiere que la doctrina internacional de la tutela se aplicaba a todos los grupos colocados bajo el dominio formal de un estado europeo o de descendencia europea, y de hecho la práctica posterior demuestra que el artículo 23 se esgrimió también para fiscalizar el tratamiento de ‘pueblos indígenas’ en países independientes (29).

La inclusión de estas disposiciones en el Pacto de la Sociedad de Naciones y la práctica de sus órganos — y en particular la Comisión Permanente sobre Mandatos — llevaría a la cristalización de la doctrina de la tutela como norma de derecho internacional en el periodo de entreguerras (30). Será precisamente en este contexto que la OIT, la nueva organización internacional concebida al igual que la Sociedad de Naciones en la Conferencia de Paz de Versalles, emprenderá el intento más ambicioso hasta la fecha de dotar de reglamentar la tutela en el derecho internacional.

3. *A civilized labour policy: la OIT y el colonialismo clásico (1930-1936).*

Una respuesta remota a la orígenes de la preocupación de la OIT por los ‘trabajadores indígenas’ puede encontrarse en la Constitución original de la organización, de 1919 (31), un texto que

(28) Pacto de la Sociedad de Naciones, cit., art. 23 (b).

(29) Vid. F. P. WALTERS, *A History of the League of Nations*, Londres y Nueva York, Oxford University Press, 1952, II, pp. 568-571 (analizando las acciones del Consejo de la Sociedad de Naciones en relación con Liberia, bajo la cobertura del art. 23 del Pacto).

(30) Vid. LINDELY, *The Acquisition*, cit., pp. 203-206, 324-36 (concluyendo que la doctrina de la tutela había sido aceptada como parte del derecho internacional general); WRIGHT, *Mandates*, cit., p. 16 (señalando la existencia de una «growing conviction that imperial responsibilities of trusteeship and tutelage toward dependencias is not merely a moral responsibility but is a responsibility under international law which can be properly sanctioned under appropriate guarantees»).

(31) Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, Parte XIII del Tratado de Paz entre los Poderes Aliados y los Poderes Asociados y Alemania, Versalles, 28 de junio de 1919, entrado en vigor el 10 de abril de 1920, 225 «C.T.S.» 195 (1919).

define los principios generales de la organización, sus principales ámbitos de actuación y sus procedimientos generales de toma de decisiones. Uno de los mecanismos más innovadores incluidos en el diseño institucional de la nueva organización es la celebración de conferencias periódicas con el objetivo de definir estándares mínimos de política social y laboral en la forma de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, convirtiendo así a la OIT, en la feliz expresión de Bonvin, en una « agencia productora de normas »⁽³²⁾. Pero el texto fundacional de la organización es sobre todo un reflejo de las principales preocupaciones del orden internacional de la primera posguerra, incluida inevitablemente la cuestión colonial. En este sentido, el artículo 35 de la Constitución de la organización incorporaba un sistema de aplicación de las normas internacionales del trabajo en los territorios:

« The Members engage to apply conventions which they have ratified in accordance with the provisions of this part of the present Treaty to their colonies, protectorates and possessions which are not fully self-governing:

1. Except where owing to the local conditions the convention is inapplicable, or

2. Subject to such modifications as may be necessary to adopt the convention to local conditions.

And each of the Members shall notify to the International Labour Office the action taken in respect of its colonies, protectorates and possessions which are not fully self-governing [non-autonomes] »⁽³³⁾.

⁽³²⁾ J.M. BONVIN, *L'Organisation Internationale du Travail: Étude sur une agence productrice des normes*. Paris, Presses Universitaires de France, 1998 (una de las más recientes historias de la OIT enfocada en la evolución del estatus y la orientación normativa del Código Internacional del Trabajo, donde ni el Código Colonial ni las 'poblaciones indígenas' parecen tener cabida). Otras obras de referencia sobre la organización, con igual miopía sobre la cuestión objeto de este artículo, son V.-Y. GHEBALI, *The International Labour Organisation: A Case Study on the Evolution of U.N. Specialised Agencies*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988; E. HAAS, *Beyond the Nation-State: Functionalism and the ILO*, Stanford, Stanford University Press, 1964; G.A. JOHNSTON, *The International Labour Organisation: Its Work for Social and Economic Progress*. London: Europa Publications, 1970.

⁽³³⁾ Constitución de la OIT, art. 35 (art. 421 del Tratado de Paz). El texto del art. 35 fue reformado, junto con otras disposiciones, a raíz de la incorporación formal de la OIT en el sistema de Naciones Unidas, en 1945.

Al referirse a « colonias, protectorados y posesiones », el artículo excluye implícitamente a los territorios colocados bajo el sistema de mandato ⁽³⁴⁾. La aparente redundancia de la frase « que no son plenamente autónomos » es simplemente un recordatorio de un tiempo en que existían territorios dependientes « plenamente autónomos », entre ellos algunos miembros de pleno derecho de la organización ⁽³⁵⁾.

La inserción de este artículo en la Constitución de la OIT muestra la existencia de un cierto consenso normativa en torno a la conveniencia de no excluir completamente a las colonias del ámbito de aplicación del Código Internacional del Trabajo, en consonancia con los intentos de la Sociedad de Naciones de internacionalizar la cuestión colonial — no en vano, la referencia al « *sacred trust* » en el Pacto se incluye en el mismo artículo que prevé

⁽³⁴⁾ Ello se explica por el hecho de que la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, encargada de la redacción del texto de la Constitución de la OIT en la Conferencia de Versalles, concluyó sus trabajos meses antes de que se llegara a un acuerdo final en torno a las características del sistema de mandatos. Por lo que se refiere al sentido de las distintas modalidades de dominio colonial a las que se refiere el artículo, ‘colonias’ (*strictu sensu*) son territorios caracterizados por el asentamiento generalizado de colonos blancos, lo que genera la separación jurídica de la población nativa bajo códigos de ‘indigenado’; ‘protectorados’ son territorios controlados bajo un tratado de protección (el instrumento típico del *indirect rule*); y ‘posesiones’ son territorios anexados como resultado de conquista colonial, que trae consigo también la incorporación jurídica de la población nativa. Sobre los distintos estatutos jurídico de los territorios coloniales, vid. Sir G.C. LEWIS, *Government on Dependencies*, London, Universal Classic Library, 1901, pp. 41-96.

⁽³⁵⁾ La referencia a los « estados independientes » en el primer borrador del artículo fue sustituida por la referencia final a « los miembros » por la presión del Imperio Británico, que tuvo éxito en su intento de conceder la membresía en la organización a sus ‘dominions’ (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y la Unión de Sudáfrica) y a la India, *rara aves* internacionales que no constituían ni colonias ni estados independientes propiamente dichos. La decisión final de admitir a estos miembros no plenamente independientes es coherente con la posición adoptada en relación con la membresía en la organización matriz, la Sociedad de Naciones. Vid. Pacto de la Sociedad de Naciones, *cit.*, art. 1(2) (permitiendo la entrada en la organización de « any full self-governing State, Dominion or Colony »). Las dificultades técnicas derivadas de la identificación del nivel de autogobierno de los distintos territorios coloniales llevó al Consejo de la Sociedad de Naciones a elaborar una lista final de miembros, incorporada como Anexo I del Pacto.

la creación de la OIT ⁽³⁶⁾. Y, en consonancia con los parámetros de esta internacionalización, el artículo 35 colocaba a los territorios coloniales en la periferia de las normas internacionales, sujetando la aplicación de éstas al arbitrio de las propias potencias coloniales ⁽³⁷⁾; desde esta perspectiva, la Constitución de la OIT no es sino un reflejo más de la jerarquía civilizatoria todavía plenamente vigente en el derecho internacional de entreguerras.

Las debilidades del artículo 35 de la Constitución de la OIT pronto se hicieron más que evidentes en la práctica de los órganos de control normativo de la organización. Con frecuencia, el argumento de las ‘condiciones locales’ diversas fue usado por los poderes coloniales para negar la aplicación de *ningún* tipo de estándar internacional del trabajo en sus territorios coloniales. Las potencias coloniales no suministraban ‘información completa’ sobre la situación en sus colonias y, cuando lo hacían, ésta carecía de toda credibilidad ⁽³⁸⁾. La resistencia de los poderes coloniales a abrir las puertas de sus dominios coloniales al escrutinio de la OIT era un reflejo de las limitaciones de la internacionalización del colonialismo en la primera posguerra: si la Sociedad de Naciones, la asamblea política mundial, no tenía ninguna palabra que decir sobre los territorios no sujetos a mandato internacional — la gran mayoría de los mismos — no existía a los ojos de los imperios coloniales

⁽³⁶⁾ *Vid.* Pacto de la Sociedad de Naciones, cit., art. 23 (a) (« the Members of the League [...] will endeavour to secure and maintain fair and humane conditions of labour for men, women and children, both in their own countries and in all countries to which their commercial and industrial relations extent, and for that purpose will establish and maintain the necessary international organizations »).

⁽³⁷⁾ *Vid.* Intervención de Vandervelde, delegado gubernamental de Bélgica, Commission de Législation Internationale du Travail, 14^a sesión, Versailles, 29 de febrero de 1919, p. 10 (« si une convention du travail est adoptée par la Conférence, elle ne sera applicable à une possession non autonome qu’ en vertu d’une décision expresse du gouvernement métropolitain »); *ivi*, p. 17 (« [i]l n’y a pas obligation pour lui[...]mais il y’a toujours faculté. Il suffira de faire cette constatation, qui est l’évidence même, pour qu’ il n’y ait pas d’erreur d’interprétation anticipée »).

⁽³⁸⁾ *Vid.*, e.g. *Report of the Director General en I.L.C., International Labour Conference, VI Session (Geneva, 1924)*, Geneva, 1924, párr. 267 ss. [en adelante, ‘*Report of the Director General 1924*’]. Por ejemplo, el informe suministrado por las autoridades coloniales belgas en 1924 refería la existencia de « sólo dieciocho esclavos » en el territorio de Ruanda-Burundi. *Ivi*, párr. 269.

ninguna razón por la que esta competencia debería atribuirse a una organización subordinada y de carácter técnico como la OIT ⁽³⁹⁾.

Frente a la sistemática oposición de los estados coloniales — y la callada connivencia del resto — la intervención de la sociedad civil internacional organizada en torno a la cuestión colonial se convertiría en un factor fundamental para promover la intervención de la OIT en estos asuntos, en un momento en que el agravamiento de las condiciones de explotación en las colonias había despertado las conciencias humanitarias en Occidente, especialmente en relación con la cuestión del ‘trabajo indígena’ ⁽⁴⁰⁾. Estas conciencias encontrarán un franco interlocutor en Albert Thomas, el carismá-

⁽³⁹⁾ La Constitución original de la OIT hacía esta relación explícita. *Vid. e.g.*, Constitución de la OIT, cit., preámbulo, párr. 1 (afirmando que «the League of Nations has for its object the establishment of universal peace, and such a peace can be established only if it is based upon social justice»); art. 6 («the International Labour Office shall be established at the seat of the League of Nations as part of the organisation of the League»).

⁽⁴⁰⁾ El esfuerzo bélico primero, y la reconstrucción de Europa después, supuso nueva una vuelta de tuerca de la explotación de la mano de obra y de los recursos en los territorios coloniales, y particularmente en el continente africano, en relación con el discurso de la «mise en valeur» de las colonias. Ello condujo a un desarrollo de la doctrina de la tutela enfocada en las condiciones generales de trabajo de los ‘trabajadores indígenas’, más allá de la discusión sobre la proihibición de la esclavitud que había dominado la internacionalización del colonialismo durante el último cuarto del siglo XIX. Un conocido tratado de la época describía la situación en los siguientes términos: «The great and growing importance of all problems connected with labour, which has been such a prominent feature in the history of almost every country since the World War, has been as conspicuous in Africa as in any other continent; there, the renewal of the activities suspended during hostilities speedily produced a demand for manual workers that entailed a widespread shortage... Furthermore, in sympathy with the ideals which had found expression in the formation of the League of Nations and the establishment of the Mandates system, there was a strong philanthropic movement towards amelioration of the circumstances of employment.» G.St. J.O. BROWNE, *The African Labourer*, London, Pub. for the Institute of African Cultures and Language by Oxford University Press, 1933, p. 3. Sobre la situación de los ‘trabajadores indígenas’ en el discurso y práctica del colonialismo europeo *vid.* G. L. BEER, *African Questions at the Paris Peace Conference, with Papers on Egypt, Mesopotamia and the Colonial Settlements*, London, McMillan, 1923, pp. 17-27 (una discusión sobre la «native question» tras la I Guerra Mundial); W. J. SAMARIN, *The Black Man's Burden: African Colonial Labour on the Congo and Ubangi Rivers, 1880-1900*, Boulder, Westview Press, 1989, pp. 5-28 (una discusión sobre la relación entre interés y altruismo en el discurso colonial de finales del siglo XIX).

tico primer director general de el secretariado de la OIT, la Oficina Internacional del Trabajo (41). Thomas consideraba la cuestión colonial como uno de los asuntos más urgentes a los que tenía que hacer frente la nueva organización (42), y supo apoyarse en la fuerza de la opinión pública internacional para incorporarla en la agenda (43).

(41) Albert Thomas (1878-1932), miembro de la Cámara de Diputados y de la administración bélica francesas, fungió de Director General durante el periodo 1919-1932. Thomas es unánimemente considerado como uno de los mayores promotores de la idea de una organización internacional basada en una burocracia fuerte e independiente de los estados miembros, que opera en el marco de los objetivos de la organización. Vid. BONVIN, cit., pp. 68-69. La labor de Thomas en el arranque de la OIT dejó una marca indelible en la misma en la forma de una estructura informal de toma de decisiones que descansaba en el poder de iniciativa del Director General para el diseño de las políticas generales de la organización. Vid. R. W. COX, *ILO: Limited Monarchy* en *The Anatomy of Influence: Decision Making in International Organization*, editado por Id. y H. K. Jacobsen, New Haven y London, Yale University Press, 1974, pp. 102 ss. Para una biografía de Thomas por su estrecho colaborador y sucesor en la dirección de la Oficina Internacional del Trabajo, vid. E. J. PHELAN, *Yes and Albert Thomas*, London, Cresset, 1931.

(42) Vid. Carta de A. THOMAS a G. CANDACE, Diputado de la Asamblea Nacional francesa, 27 de octubre de 1921, p. 1, *Archivos históricos de la OIT*, N 206/1/01/3 (afirmando que “[l]’Organisation Internationale du Travail a toujours considéré qu’ elle avait à protéger les travailleurs sans faire entre eux aucune distinction des races”).

(43) En palabras de Thomas, « dans ce domaine, comme dans beaucoup des autres, l’Organisation Internationale du Travail ne puisse intervenir qu’ avec beaucoup des difficultés en raison de l’obstacle que constituent les diverses souverainetés nationales; bien qu’ elle n’ait encore le plus souvent d’autres armes que les recours à l’opinion publique, l’Organisation Internationale du Travail n’est pas absolument sans moyens d’action pour protéger le travail indigène ». *Ibidem*. Los archivos de la organización dan sobrada cuenta del involucramiento personal de Thomas con los principales actores de la sociedad civil internacional organizada en torno a la cuestión colonial. Vid., e.g., *Archivos Históricos de la OIT*, N 206/1/25 (correspondencia con la *International Aboriginal Protection Society*); N 206/1/1/3 (correspondencia con el *Bureau pour la Défense des Indigènes*); N 206/1000/17 (correspondencia con la *League of Coloured People*); N 206/1000/4/1 (participación en la conferencias coloniales belgas); N 206/1000/2/3, 4 (participación en las conferencias coloniales portuguesas); N 206/1000/8/1, 2 (participación en las conferencias coloniales italianas); N 206/1000/6/1/34 (participación en la Exposición Universal de París de 1931, que incluía una exposición especial sobre las condiciones de trabajo de los ‘trabajadores indígenas’).

Entre las conexiones de la Oficina Internacional del Trabajo y la sociedad civil internacional en este periodo, merece destacarse la relación con el movimiento

Contando con este apoyo, la Oficina Internacional del Trabajo promovió la entrada progresiva de la cuestión del ‘trabajo indígena’ en la agenda de la organización durante la primera década de su existencia, elaborando una ‘competencia implícita’ con alcances que van mucho más allá del macro del artículo 35 de la Constitución, un proceso guiado por el activismo de la propia Oficina, y que se desarrolló en un momento particularmente controvertido en relación con los límites competenciales de la organización (44). « Never at any time —reconocería más tarde el secretariado — has the International Labour Office shown any inclination to go beyond the competence with which it was invested by the Peace Treaty » (45).

Una de las primeras estrategias de la Oficina Internacional del

panafricanista, que, desde 1919, había promovido la idea de un código internacional sobre el “negro labour”. El II Congreso Panafricano, reunido en París y Bruselas del 28 de agosto al 6 de septiembre de 1920, involucraba directamente a la organización: « Le deuxième Congrès Pan-Africain demande qu’ au Bureau International du Travail il soit institué une section chargée spécialement de considérer en détail les conditions et les besoins des travailleurs indigènes, en Afrique et ailleurs. Ce Congrès croit sérieusement que l’on ne peut ni résoudre les problèmes du travail dans le monde sera fait quand une sérieuse enquête sur le travail indigène sera organisée ». Cit. en Carta de W. E.B. DU BOIS a A.THOMAS, 15 de septiembre de 1921, *Archivos históricos de la OIT*, N 206 /1/01/3 (correspondencia personal entre Thomas y con W.E.B. Du Bois).

(44) Los primeros años de andadura de la organización, los límites de la competencia de la organización tuvieron que ser batallados entre los países miembros y la Oficina de Thomas. El conflicto estalló abiertamente a raíz de la adopción por la Conferencia Internacional de Trabajo de 1931 de una recomendación sobre las medidas necesarias para prevenir el desempleo agrícola. Esta recomendación fue opuesta por Francia y otros países, que defendían la teoría del marco exclusivamente industrial de la competencia de la OIT, a la vista del texto de la Constitución de la organización. Por iniciativa del gobierno francés, el Consejo de la Sociedad de Naciones, que demandó una opinión consultiva a la Corte Permanente de Justicia Internacional (luego Corte Internacional de Justicia). La opinión de la Corte, que justificaba la intervención de la organización más allá de las condiciones de trabajo en la industria, permitiría a la OIT construirse una teoría de la competencia implícita sobre asuntos no expresamente recogidos en su mandato constitucional: « il est évident qu’ il ne saurait être interdit à l’Organisation de s’occuper des questions qui lui sont expressément attribuées par le traité, parce qu’ il en peut résulter pour elle la nécessité d’examiner sous certaines aspects les moyens et méthodes de production ou l’effet que les mesures préparées pourraient avoir sur la production », « Bulletin Officiel du BIT », 1922, VI, pp. 385-386, *cit. en BONVIN, L’Organisation*, *cit.*, p. 33.

(45) International Labour Office (I.L.O.), *The International Labour Organisation: The First Decade*, Geneva, International Labour Office, 1931, p. 223.

Trabajo pare orientar el trabajo de la organización en esta dirección fue su involucramiento al trabajo de la Comisión Permanente sobre Mandatos, creada por el Pacto de la Sociedad de Naciones para la supervisión de los territorios sujetos a mandato internacional. La Oficina Internacional del Trabajo contó con un asiento permanente en la comisión de mandatos a raíz de su constitución — « à la suite des negotiations », como reconocería el propio Thomas ⁽⁴⁶⁾. La intervención de la OIT en este órgano se justificó por la inserción de disposiciones específicas relativas a la esclavitud y las condiciones de trabajo en el artículo 22 y, subsecuentemente, en los textos específicos de los mandatos ⁽⁴⁷⁾. Aunque la intervención de la Oficina en los trabajos de la comisión de mandatos fuera limitada, trajo consigo no pocas consecuencias para el futuro trabajo de la

⁽⁴⁶⁾ Carta de A. THOMAS a G. CANDACE, cit., p. 3. La invitación despachada por la Sociedad de Naciones preveía la participación de la Oficina Internacional del Trabajo en los siguientes términos: « The International Labour Organisation shall have the privilege of appointing to the Permanent Commission an expert chosen by itself. This expert shall have the right of attending in an advisory capacity all meetings of the Permanent Commission at which questions related to labour are discussed ». *Constitution of the Permanent Mandates Commission, L. of N.*, en *L. of N., Council. Min., XI Session, (December 1920)*, p. 13, reproducida en WRIGHTS, *Mandates, cit.*, Anexo III, pp. 622ss. El primer representante de la Oficina ante la comisión de mandatos fue Harold A. Grimshaw (1880-1929), colaborador de Lord Lugard y uno de los primeros expertos de la OIT en material colonial.

⁽⁴⁷⁾ El texto de los mandatos de tipo 'C' incluía normalmente una cláusula en virtud de la cual « [t]he Mandatory shall see the slave trade is prohibited and that no forced labour is permitted, except for essential public works and services, and then only for adequate remuneration ». *Vid.* Mandate for Nauru, New Guinea, Western Samoa, Southwest Africa and the North Pacific Islands (17 de diciembre de 1920), art. 3, reproducida en WRIGHT, *Mandates, cit.*, p. 620. En el caso de los mandatos del tipo 'B', el poder mandatado « shall provide for the eventual emancipation of all slaves and for as speedy elimination of domestic and other slavery as social conditions will allow; shall suppress all forms of slave trade; shall prohibit all forms of forced or compulsory labour, except for essential public works and services, and then only in return for adequate remuneration; shall protect the natives from abuse and measures of fraud and force by the careful supervision of labour contracts and the recruiting of labour ». Mandate for Tanganika (20 de julio de 1922), art. 5. La misma disposición se reproduce sin cambios sustantivos en el artículo 4 de los Mandatos para el Camerún Británico, el Togo Británico, el Camerún Francés y el Togo Francés (20 de 1922) y en el artículo 3 del Mandato para Ruanda-Urundi (20 de julio de 1922). *Ibidem.*

organización en el ámbito del ‘trabajo indígena’ (48). La burocracia de la OIT entendió su involucramiento institucional en la comisión de mandatos como la atribución a la organización de una competencia para supervisar la aplicación de las normas internacionales del trabajo en los territorios bajo mandato, una atribución no prevista expresamente en el artículo 35 de la Constitución. Esta interpretación confería competencia a la organización sobre *todos* los territorios coloniales con independencia de su estatuto jurídico internacional, superando incluso las atribuciones de la propia Sociedad de Naciones (49). « [L]’Organisation International du Travail — concluía Thomas — aura aussi sous sa juridiction tout l’ensemble du travail mondial et les peuples indigènes le plus inhumainement exploités peuvent avoir la certitude qu’ils seront protégés » (50). La OIT se convertiría así en la organización colonial por excelencia.

Enfrentada a la sistemática oposición de los poderes coloniales en los órganos de toma de decisiones de la organización (51), el

(48) Vid. A. ANGHIE, *Colonialism and the Birth of International Institutions: Sovereignty, Economy and the Mandate System of the League of Nations* en « New York University Journal of International Law and Politics », XXXIV, 2001, pp. 250-254 (una discusión sobre la práctica de la Comisión Permanente sobre Mandatos en relación con asuntos laborales, como el trabajo forzoso o el reclutamiento obligatorio); WRIGHT, *Mandates*, cit., pp. 588-595 (una discusión sobre el ‘trabajo indígena’ en el marco de la comisión de mandatos); HALL, *Mandates, Dependencias*, cit., pp. 249-255 (una discusión sobre la aplicación de los convenios de la OIT en los territorios bajo mandato).

(49) Mientras que la administración de los territorios asignados a las potencias vencedoras y sus aliados en régimen de mandatos era supervisada por un órgano específico de fiscalización — la Comisión Permanente de Mandatos, creada por el Consejo de la Sociedad de Naciones en 1920 — las disposiciones del artículo 23 del Pacto de la Sociedad de Naciones, relativo al tratamiento de los ‘‘habitantes indígenas’ en términos generales, no tuvo ningún tipo de mecanismo específico de seguimiento. Ello colocaba a la Sociedad de Naciones en inferioridad de condiciones respecto a la OIT, en particular a raíz del creciente papel de la organización en la supervisión de las normas internacionales del trabajo a partir de mediados de los años 1920, con la creación de la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo. Vid. *infra*, nota 148.

(50) Carta de A. THOMAS a G. CANDACE, cit., p. 3.

(51) Con apenas una decena de funcionarios permanentes, la OIT de esta época no era el elefante burocrático en el que se convertiría con los años. Vid. Carta de R.

último golpe de efecto que permitiría a la Oficina consolidar la entrada de la cuestión del ‘trabajo indígena’ en la agenda de la organización vendría también de la mano de la Sociedad de Naciones, a través de las actividades de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud. Creada en 1923 en virtud de una decisión del Consejo de la Sociedad de Naciones ⁽⁵²⁾, la Comisión tuvo como objetivo principal la redacción de un instrumento internacional abierto a la ratificación de los estados miembros, la Convención sobre la Esclavitud de 1926, que enraíza con toda los desarrollos normativos de la doctrina de la tutela en el siglo XIX y principios del XX ⁽⁵³⁾. La primera sesión de la comisión expresaba la necesidad de que este instrumento incluyera « the prohibition of forced or compulsory labour, except for essential public works and services and in return for adequate remuneration » ⁽⁵⁴⁾ y, en este sentido, hacía un llamamiento formal a la Oficina Internacional del Trabajo para que realizara un estudio sobre la legislación comparada en material de trabajo forzoso ⁽⁵⁵⁾. En seguimiento a esta

MEEKER, OIT, a G. HAYNES, Director of Negro Economics, Departamento de Trabajo, Estados Unidos, 13 de octubre de 1921, p. 2, *Archivos históricos de la OIT*, N 206/1/01/3 (afirmando, en relación con la cuestión del ‘trabajo indígena’ que « the harvest is great and the labourers few [...] [t]he field is so great and the funds so limited »).

⁽⁵²⁾ Vid. Y. Rassam, *Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law*, « Vanderbilt Journal of International Law », 1999, XXXIX, pp. 330-332 (un análisis de los orígenes y contenido de la Convención sobre la Esclavitud); WALTERS, *A History of the League of Nations*, cit., p. 258 y ss. (una discusión sobre el establecimiento y actividades de la Comisión Temporal sobre Esclavitud).

⁽⁵³⁾ Convención sobre la Supresión de la Trata de Esclavos y la Esclavitud, 25 de septiembre de 1926, entrada en vigor el 9 de marzo de 1927, 60 « L.N.T.S. » 253 [en adelante, ‘Convención sobre la Esclavitud’], preámbulo (« los signatarios del Acta General de la Conferencia de Bruselas de 1889-1890 se declararon animados por igual de la firme intención de poner término a la trata de esclavos africanos[,] los signatarios de la Convención de Saint-Germain-en-Laye de 1919, destinada a revisar el Acta General de Berlín de 1885 y el Acta General y la Declaración de Bruselas de 1890, afirmaron su propósito de lograr la completa supresión de la trata de esclavos por tierra y por mar »)

⁽⁵⁴⁾ Vid. *Report of the Second Session of the Temporary Slavery Committee*, L.of N. Doc. A/19/1925/VI/2, p. 1.

⁽⁵⁵⁾ Este estudio, realizado en el periodo 1926-1929, se publicaría con el título

invitación, el Consejo de Administración de la OIT decidió establecer una Comisión de Expertos sobre Trabajo Indígena (*'travail indigène', native labour*), encargada de analizar los « problemas del trabajo indígena y de la administración colonial » (56). Conformado por personalidades de la política y ciencia coloniales, el Comité se convertiría en el *think-tank* de la política colonial de la OIT durante más de una década (57).

El texto final de la Convención sobre la Esclavitud incluía una disposición dedicada específicamente al trabajo forzoso que, lejos de prohibir esta práctica, definía las condiciones para su ejercicio legal (58). La convención vino acompañada, sin embargo, de una resolución de la Asamblea de la Sociedad de Naciones donde, en vista de los estudios realizados por la OIT en esta materia, invitaba a la organización a llevar a cabo una nueva investigación sobre « the best means of preventing forced or compulsory labour from deve-

de "Informe Gris", y serviría de base para la discusión en la Conferencia Internacional del Trabajo, que redactaría y arpoaría la Convención sobre Trabajo Forzoso. Vid. I.L.O., *International Labour Conference, XII Session (Geneva, 1929). Forced Labour: Report and Draft Questionnaire*, Geneva, International Labour Office, 1929.

(56) Vid. Governing Body (G.B.), *Minutes of the Governing Body: 32nd session (Geneva, November 1925)*, Geneva, International Labour Office, 1929.

(57) La historiografía oficial de la OIT celebra la creación de la Comisión de Expertos sobre Trabajo Indígena como un hito en la adopción de « international standards for the protection of indigenous workers ». Vid. I.L.O., *International Labour Conference, LXXV Session (Geneva, 1988): Partial Revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, No. 107 (107)*, Geneva, International Labour Office, p. 3.

(58) Convención sobre la Esclavitud, cit., art. 5. El artículo proclamaba el compromiso de los estados miembros de « tomar las medidas pertinentes para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud ». Ibidem. Pero el artículo no prohibía el trabajo forzoso en cuanto tal, sino que más bien regulaba los principios de su ejercicio legítimo en estos territorios. Ivi, párrs. 1-3 2 (regulando los principios de utilidad pública, excepcionalidad y autoridad pública). El artículo 5 de la Convención sobre la Esclavitud vino acompañado de una resolución de la Asamblea de la Sociedad de Naciones, anexada a la propia Convención, que sin embargo no tenía valor jurídicamente vinculante para los estados ratificantes: « The Assembly, while recognising that forced labour for public purposes is sometimes necessary; is of the opinion that, as a general rule, it should not be resorted to unless it is impossible to obtain voluntary labour and that it should receive adequate remuneration ». Resolution (No. 3) concerning Forced Labour, *L.of N. Doc. A/123/1926/ VI (1926)*.

loping into conditions analogous to slavery ⁽⁵⁹⁾ — una solución de compromiso en la que, de nuevo, tuvieron mucho que ver las conexiones entre la Oficina y la conciencias humanitarias de la época ⁽⁶⁰⁾. La resolución de la Asamblea de la Sociedad de Naciones fue interpretada por el secretariado como una atribución implícita de competencia a la OIT por parte de su superior jerárquico para regular formas de explotación de la mano de obra similares a la esclavitud ⁽⁶¹⁾. Sólo dos meses después, el primer informe de la Comisión de Expertos sobre Trabajo Indígena sugería que la cuestión del trabajo forzoso fuera colocada en la agenda de la próxima Conferencia Internacional del Trabajo.

La legitimidad adquirida por la Oficina Internacional de Tra-

⁽⁵⁹⁾ La resolución dice así: « The Assembly, taking note of the work undertaken by the International Labour Office in conformity with the mission entrusted to it and within the limits of its Constitution; considering that these studies naturally include the problem of forced labour; requests the Council to inform the Governing Body of the International Labour Office of the adoption of the Slavery Convention, and to draw its attention to the importance of the work undertaken by the Office with a view to studying the best means of preventing forced or compulsory labour form developing into conditions analogous to slavery ». Resolution (No. 4) concerning the International Labour Office, *L. of N. Doc. A/ 123/ 1926/ VI* (1926).

⁽⁶⁰⁾ Coincidiendo con el proceso de redacción de la Convención sobre la Esclavitud, Lord Cecil abogó ante la Cámara de los Lores británica por la intervención de la OIT en la cuestión del “trabajo indígena” en la sesión del 16 de diciembre de 1925. Este debate tuvo un papel fundamental en la decisión deL Consejo de la Sociedad de Naciones de comisionar a la OIT un estudio sobre el trabajo forzoso. Lord Cecil, ex-primer ministro británico y Premio Nóbel de la Paz en 1937, fue uno de los artífices de la Sociedad de Naciones. *Vid.* Lord R. CECIL, *A Great Experiment: An Autobiography*, New York, Oxford University Press, 1941. Coincidiendo con el debate promovido por Cecil, un *Joint Committee* de la *Aborigines Protection Society* and the *League of Nations Union*, organizaciones ambas de origen británico, invitaron a la OIT a que celebrara una conferencia que sería responsable de la redacción de « some sort of charter for coloured labour ». *Vid.* Carta de G. MURRAY, Presidente del Comité Ejecutivo de la *League of Nations Union*, a H.B. Butler, OIT, 21 de junio de 1926. *Archivos históricos de la OIT*, N 206/0/2.

⁽⁶¹⁾ *Vid.* I.L.O., *Report of the Director General*, en I.L.C., *International Labour Conference, IX Session (Geneva, 1927): Record of Proceedings*, Geneva, International Labour Office, 1927, párr. 194 (apuntando a la posibilidad de que « suggestion that the forms of labour which often follow upon the abolition of slavery proper are in fact no better from a humanitarian point of view, and may perhaps be more disastrous in their effects than slavery itself ») (énfasis añadido).

bajo con motivo de su participación en los dos principales ámbitos de internacionalización del colonialismo en el periodo de entre-guerras la Comisión Permanente sobre Mandatos y la Comisión Temporal sobre Esclavitud, contribuyó a consolidar la teoría de una competencia implícita de la OIT en material de trabajo indígena, erosionando la oposición de los poderes coloniales en el seno de la organización. La adopción de la Convención contra la Esclavitud y el momento normativo internacional derivado de está trajo consigo un cambio ostentoso en la aproximación de la organización en estos asuntos. Si previamente la Oficina había expresado que su intervención en asuntos coloniales era « difícil » y « delicada » (62), el informe del Director General de 1926 incluía por primera vez una sección detallada sobre la cuestión del « trabajo indígena y colonial » en los países miembros (63). En palabras de Thomas, hasta ese momento la acción de la OIT en este campo se había basado « *strictly, probably too strictly* » en las políticas ya de los propias administraciones coloniales (64). Había llegado el momento de adoptar normas internacionales que permitieran orientar y ‘mejorar’ estas políticas.

La consolidación de la teoría de la competencia implícita de la OIT en relación con el ‘trabajo indígena’ condujo progresivamente a la idea de un corpus jurídico dedicado a regular las condiciones específicas de este tipo de trabajo; las limitaciones del mecanismo establecido en el artículo 35 de la Constitución — *i.e.* la aplicación limitada del Código Internacional del Trabajo en las colonias — parecía sugerir esta opción, en particular en vista de la orientación predominantemente industrial de las normas aprobadas por la organización durante sus primeras décadas de existencia. Desde la perspectiva de la Oficina, « [the regulation of] native labour [...] solely from the standpoint of the Industrial Labour Conventions so far ratified [...] would be to limit the organisation’s work to the less

(62) I.L.O., *International Labour Conference, II Session (Geneva, 1920): Report of the Director General*, Geneva, International Labour Office, 1920, p. 100.

(63) La sección relevante del informe del Director General de 1936 fue publicada en forma de separata, que recoge los puntos de vista de la Oficina en esta material. *Vid.* I.L.O., *Native and Colonial Labour*, Geneva, International Labour Office, 1927.

(64) *Ibid.*, p. 5.

vital factors of the life of native workers » (65). Sobre esta premisa, la Oficina Internacional del Trabajo promovió activamente la idea de un instrumento internacional omnicompreensivo, « some sort of charter for coloured labour » (66), un idea pronto sustituida por la de estrategia, más factible en vista de la oposición de las potencias coloniales, de considerar asuntos técnicos de forma individualizada (67). Las reuniones periódicas de la Comisión de Expertos en Trabajo Indígena irían colocando estos asuntos en la agenda de la Conferencia Internacional del Trabajo, convertida año tras año en un foro de discusión del « colonialismo científico », donde se intercambian ideas para optimizar la explotación colonial. Este proceso daría lugar, en el periodo 1930-1956, a todo un conjunto de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo durante aprobadas en el periodo aplicables específicamente a los « trabajadores indígenas »: un Código Colonial, elaborado en paralelo al Código Internacional del Trabajo.

Las normas del Código Colonial durante el periodo de entreguerras darán forma a una versión específica de la doctrina de la tutela circunscrita al ámbito de interés de la organización, pero dentro de un marco normativo que no difiere de los principios generales que guiaron la internacionalización del colonialismo a partir de finales del siglo XIX y cristalizaron en el Pacto de la Sociedad de Naciones. La justificación del colonialismo a partir de la existencia de distintos niveles de humanidad es todavía vigente, pero ahora la ‘civilización’ se expresa en términos socioeconómicos, de ‘industrialización’ (68). Como el proceso civilizatorio, la indus-

(65) I.L.O., *Informe del Director General 1927*, cit., párr. 194.

(66) Carta de G. MURRAY a H.B. BUTLER, cit., p. 1.

(67) En opinión de la Oficina, la propuesta de un instrumento único para la regulación del ‘trabajo indígena’ tendría que enfrentarse con la probable oposición de las potencias coloniales, lo que previsiblemente llevaría a una disminución del nivel de los estándares aplicables, particularmente en un tiempo en que la cuestión colonial « [tended] to be regarded in some quarters as domestic affairs ». Carta de H.B. BUTLER, O.I.T., a G. MURRAY, Presidente del Comité Ejecutivo de la *League of Nations Union*, 9 de febrero de 1926, p. 2., *Archivos históricos de la OIT*, N 206/0/2.

(68) La división de los miembros de la sociedad internacional propia del estándar de civilización del siglo XIX se refleja plenamente en la primera Constitución de la OIT, traducida en términos de nivel de ‘industrialización’. La Constitución preveía la designación por el Consejo de la Sociedad de Naciones de los países de ‘mayor

trialización es un camino único e irreversible, en el que *nuestro* presente evoca el camino que *ellos* deben seguir. « For better or for worse » — leemos en un informe de la Oficina — « [civilization] is advancing under the guise of modern methods of industry » (69). En este contexto, la ‘misión de civilización’, antes vinculada a consideraciones de orden moral y religioso, comienza a plantearse en términos de política económica, también laboral: « Where formerly the pioneer of civilisation was the missionary, it is now apparently the case that the recruiting agent and the demand for the labour of the native precede him in his civilising inference » (70). Y en esta misión, la OIT estaba llamada a jugar un papel fundamental, a través de la elaboración de las normas que deben guiar el contacto civilizatorio a través de la explotación de la mano de obra colonial: en otros palabras, « a civilised labour policy » (71).

Y al igual que la doctrina clásica de la tutela, el primer discurso colonial de la OIT combina una doble vertiente de humanitarismo y de eficacia, de filantropía y de provecho propio. El colonialismo es bueno para *ellos* y es bueno para *nosotros*. Así, para la Oficina Internacional del Trabajo, el objetivo será « to promote the civilisation and welfare of the primitive peoples and to contribute to the development of the resources of colonial territories » (72). Un

importancia industrial’ (chief industrial importante), a la que se le asignaba un asiento permanente en el Consejo de Administración. *Vid.* Constitución de la OIT, cit., art. 7 (art. 393 del Tratado de Paz). Los estados independientes que durante el siglo XIX eran considerados como ‘naciones bárbaras’ o ‘semicivilizadas’, por comprender pueblos de cultura no europea (China, Japón, Persia, Siam), fueron considerados por la OIT como ‘países especiales’ (special countries) con poderes limitados en los órganos de representación de la organización. *Vid.* I.L.O., *Report of the Director General 1927*, cit., párr. 42 (definiendo a los ‘países especiales’ como « industrial communities in an inicial stage of development »). En el último lugar de la escala de civilización/industrialización, las « naciones salvajes » (savage nations) eran aquellas áreas donde « primitive systems of labour still exist ». *Ivi*, párr. 266. Una ilustrativa reflexión en torno a la jerarquía de “civilizaciones” desde el punto de vista del desarrollo industrial, véase I.C. GREAWES, *I.C. Production among Backward Peoples*, London, George Allen and Urwin Ltd, 1935.

(69) I.L.O., *Native and Colonial Labour*, cit., p. 4.

(70) *Ivi*, p. 44.

(71) *Ivi*, p. 80.

(72) *Report of the Director General*, en I.L.C., *International Labour Conference, XIV session (Geneva, 1930): Record of Proceedings*, Geneva, International Labour Office, II, p. 265.

delegado a la Conferencia de 1939 lo expresaría en términos más lúcidos: « Il convient donc de concilier les buts hautement humanitaires de la colonisation avec la poursuite du profit » (73).

El Convenio sobre Trabajo Forzoso (No. 29) de 1930 fue el primer — y seguramente también el principal — producto de esta época (74). El convenio, considerado uno de los principales hitos normativos de la organización, definiendo derechos ‘fundamentales’ en el trabajo (75), se concibió sin embargo como un instrumento « concerned primarily with indigenous labour conditions » (76). En línea con la Convención sobre la Esclavitud de la Sociedad de Naciones, el Convenio No. 29 no prohibía automáticamente el trabajo forzoso, sino que lo sometía a un periodo transitorio (77), al tiempo que definía los principios que deberían guiar el ejercicio ‘legítimo’ de este tipo de explotación (78). La lógica era así la misma

(73) Intervención de Wauters, Representante del Gobierno de Bélgica, en I.L.C., *International Labour Conference, XXV Session (Geneva, 1939): Record of Proceedings*, Geneva, International Labour Office, II, p. 214.

(74) Convenio de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930 (No. 29), adoptado por la 14ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 28 de julio de 1930, entrado en vigor el 1 de mayo de 1935 [en adelante, Convenio sobre el Trabajo Forzoso].

(75) *Vid.* Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada por la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo, junio de 1998, art. 2 (b) (declarando que la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio como uno de los derechos fundamentales en el trabajo que los estados miembros de la OIT deben respetar por el hecho de pertenecer a la organización, independientemente de haber ratificado los instrumentos relevantes).

(76) I.L.O., *International Labour Conference, XXVII Session (Paris, 1944): Minimum Standards of Social Policy in Dependent Territories*, Geneva, International Labour Office, 1944, p. 19.

(77) *Vid.* Convenio sobre el Trabajo Forzoso, cit., art. 1(2)-(3) (sujetando la abolición del trabajo forzoso a un periodo transitorio de cinco años, a cuyo vencimiento el Consejo de Administración de la OIT decidiría sobre « la posibilidad de suprimir » esta práctica). El trabajo forzoso sólo sería proscrito por el derecho internacional en fecha tan tardía como en 1956, a raíz de la revisión del convenio de 1930. *Vid. infra*, nota 104 y texto correspondiente.

(78) *Vid.* Convenio sobre el Trabajo Forzoso, *ibid.*, arts 6-7 (regulando el monopolio de autoridad pública para la compulsión al trabajo); art. 9(a) (exigiendo el « interés directo de la comunidad » como finalidad última del trabajo forzoso); art. 9(b) (exigiendo la « necesidad inminente » como condición necesaria para la compulsión al trabajo); art. 10(1) (exigiendo la « limitación temporal » del trabajo forzoso); arts. 13-17

de la tutela: un disciplinamiento de la práctica colonial en torno a criterios humanitarios (y de eficiencia) que, al sentar los criterios de su ejercicio legítimo, termina por justificarla.

El Convenio No. 29 vino acompañado en el periodo de entreguerras por otros tres convenios internacionales que regulan otras prácticas de efectos similares a la esclavitud, como el reclutamiento forzoso, los contratos de trabajo de larga duración o las sanciones penales derivadas del incumplimiento de contratos laborales (79). Asimismo, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó un total de cinco recomendaciones durante este periodo, que por lo general reflejan el intento de los poderes coloniales de limitar la regulación internacional del colonialismo (80). En su conjunto, estos instrumentos comparten con el Convenio sobre Trabajo Forzoso la misma lógica de disciplinamiento de la explotación de los ‘trabajadores indígenas’ de acuerdo con estándares

(regulando las condiciones generales de los trabajadores forzosos, incluyendo horario de trabajo, salario, compensaciones, transporte, salud e higiene).

(79) *Vid.* Convenio relativo a la reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores, 1936 (Nº 50), adoptado por la 20ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 20 de junio de 1936, entrado en vigor el 8 de septiembre de 1939 (dejado de lado) [en adelante, ‘Convenio sobre el Reclutamiento de los Trabajadores Indígenas’]; Convenio relativo a la reglamentación de los contratos escritos de trabajo de los trabajadores indígenas, 1939 (Nº 64), adoptado por la 15ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 17 de junio de 1939, entrado en vigor el 8 de julio de 1949 (dejado de lado); Convenio relativo a las sanciones penales contra los trabajadores indígenas por incumplimiento del contrato de trabajo, 1939 (Nº 65), adoptado por la 15ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 17 de junio de 1939, entrado en vigor el 8 de julio de 1949 (dejado de lado) [en adelante, ‘Convenio sobre la Abolición de Sanciones Penales (Trabajadores Indígenas)’].

(80) *Vid.* Recomendación sobre la imposición indirecta del trabajo, 1930 (No. 35), adoptada por la 14ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 28 de junio de 1930; Recomendación sobre la reglamentación del trabajo forzoso u obligatorio, 1930 (No. 36), adoptada por la 14ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 28 de junio de 1930; Recomendación sobre la supresión progresiva del reclutamiento, 1936 (Nº46), adoptada por la 14ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 20 de junio de 1936 (retirada); Recomendación sobre la duración máxima de los contratos escritos de los trabajadores indígenas, 1939 (Nº 58), adoptada por la 25ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1939 (retirada); Recomendación sobre la Inspección del Trabajo Indígena, 1939 (Nº 59), adoptada por la 25ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 27 de junio de 1939.

‘civilizados’, con el efecto implícito de legitimizar esta explotación ⁽⁸¹⁾.

En 1939, la política colonial de la OIT alcanzaba su cenit. Dos convenios y dos recomendaciones internacionales del trabajo componían un corpus jurídico llamado a regular el ejercicio del trabajo en los territorios coloniales, la versión más refinada de la doctrina de la tutela en el derecho internacional moderno, que culmine el proceso de internacionalización del colonialismo iniciado en Berlín. Pero un producto deficiente. El efecto del Código Colonial se vio mermado además por la continua oposición de las potencias coloniales ⁽⁸²⁾, que se plasmó en la negativa a ratificar los convenidos adoptados, o en su ratificación deliberadamente remisa ⁽⁸³⁾. La oposición de estas potencias se reflejaba también en el alcance limitado de los instrumentos adoptados que, en el mejor de los casos, representaban cuidadas compilaciones de la legislación colonial existente. En palabras de la Secretaría, el primer Código Colonial había « despertado el interés del derecho y la práctica coloniales » y « cuanto menos [había] armonizado con las principales tendencias de la administración colonial » ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸¹⁾ Por ejemplo, el Convenio sobre el Reclutamiento de Trabajadores Indígenas, cit., no prohibía el reclutamiento en sí, entendido como « las operaciones realizadas con objeto de conseguir [...] la mano de obra de personas que no ofrezcan espontáneamente sus servicios », ivi, art. 2 (a), sino que sujetaba esta práctica a una serie de formalidades y consideraciones de carácter humanitario. *Vid.* ivi, arts 11-16. Por su parte, el Convenio sobre la Abolición de Sanciones Penales (Trabajadores Indígenas), cit., no prohibía esta práctica generalizada en el mundo colonial, sino que recogía el principio de las sanciones penales por incumplimiento de contrato « [d]eberán ser abolidas progresivamente y lo más pronto posible ». Ivi, art. 2(1).

⁽⁸²⁾ I.L.O., *Minimum Standards*, cit., p. 20 (reconociendo que « criticisms directed against the [International Labour] Conference action in this field, which were particularly virulent around 1930, have lost their force »).

⁽⁸³⁾ El Imperio Británico fue la única potencia colonial en ratificar todos los convenios adoptados en el periodo de entreguerras en relación con el ‘trabajo indígena’. Por lo que respecta al resto, la ratificación tardía de estos instrumentos limitó severamente el impacto de estos instrumentos. Por ejemplo, Bélgica, quizá la potencia con peor historial en material de tratamiento de los ‘trabajadores indígenas’, ratificó los Convenios No. 50 y No. 60 en 1948, más de una década después de que fueran adoptados.

⁽⁸⁴⁾ I.L.C. *International Labour Conference, XXVII Session (1946): Non-Metropolitan territories (Proposed Conventions)*, Geneva, International Labour Office, 1946, p. 19 (traducción no oficial).

En todo caso, el impacto limitado del Código Colonial fue el resultado de un proceso fuera del control de la propia OIT. El mismo año en que se coronaba el Código Colonial, estalló una guerra que dio al traste con el objetivo de la organización de construir una paz duradera basada en la 'justicia social'. Uno de los muchos legados de la II Guerra Mundial fue la emergencia de la cuestión colonial como un asunto de preocupación e interés internacional prioritario. La OIT no sería inmune a estos profundos cambios. Una nueva política colonial, una versión renovada del Código Colonial, vería la luz después de 1945.

4. *Welfare colonialism: la OIT y la descolonización (1944-1955).*

Si en el periodo de entreguerras la pervivencia del colonialismo había despertado un tímido interés internacional en clave humanitaria, entre 1945 y 1950 el programa de independencia se había instaurado en todas las partes del mundo ⁽⁸⁵⁾. La razones de este cambio de paradigma tienen que ver con la consolidación de un nuevo consenso normativo internacional tras la II Guerra Mundial, reflejado, *inter alia*, en la nueva Organización de las Naciones Unidas ⁽⁸⁶⁾. La Carta de la ONU incluye entre sus principios fundacionales la « igualdad de derechos » entre las « naciones »; el principio de libre determinación de los « pueblos »; y el respeto a los « derechos humanos y libertades fundamentales de todos [*sic*] sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, lengua o religión » ⁽⁸⁷⁾. Estas premisas normativas eran radicalmente distintas a

⁽⁸⁵⁾ Sobre *Vid. I. BROWNLIE, The Expansion of International Society: The Consequences for the Law of Nations* en *The Expansion of International Society*, editado por H. BULL y A. WATSON, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 363.

⁽⁸⁶⁾ Sobre el argumento que apunta a los cambios normativos promovidos por la II Guerra Mundial como motor del proceso de descolonización, *vid. R.H. JACKSON, The Weight of Ideas in Decolonisation: Normative Changes in International Relations* en *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions and Political Change*, editado por J. Goldstein y R. Keohane, Ithaca & London, Cornell University Press, 1993; D. K. FIELDHOUSE, *Colonialism: 1870-1945: An Introduction*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1981, pp. 37 ss.

⁽⁸⁷⁾ Carta de la Organización de Naciones Unidas, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, San Francisco, 26 de junio de 1945, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945, arts. 1(2)-(3).

aquellas sobre las que se había basado la Sociedad de Naciones, más un club de estados ‘civilizados’ que un verdadero proyecto de organización de toda la humanidad.

Los nuevos principios de Naciones Unidas interactúan para establecer un nuevo régimen de disciplinamiento internacional del colonialismo que, en gran medida, sustrae el destino de las poblaciones coloniales del arbitrio de los Estados colonizadores. La Carta incorpora en su capítulo XI una Declaración relativa a los Territorios Dependientes, que entronca con la internacionalización del colonialismo presente en el derecho internacional desde el siglo XIX — incluido el Pacto de la Sociedad de Naciones — en el marco de la doctrina de la tutela. Evidenciando la continuidad de los presupuestos civilizatorios, el artículo 73 de la Carta se refiere al « encargo sagrado » [*sacred trust*] de « promover [...] el bienestar de los habitantes » de los « territorios no autónomos ». Sin embargo, ahora el remedio no se agota con las recetas de la tutela: se hablaba ya de un proyecto político basado en el autogobierno ⁽⁸⁸⁾. Estas premisas articulan un ambicioso sistema de « administración fiduciaria » (*trusteeship system*) que, a diferencia del sistema de mandatos de la Sociedad de Naciones, incorpora un amplio poder de intervención en (potencialmente) todos los territorios coloniales ⁽⁸⁹⁾. Un sistema que, en la práctica, se convertiría en la plataforma para el proceso de descolonización.

La guerra había afectado a la OIT de dos maneras muy importantes. En primer lugar, el abierto fracaso del proyecto de la Sociedad de Naciones ponía en jaque la existencia de la organización, exiliada durante el conflicto en Montreal y desvinculada de los nuevos procesos internacionales de toma de decisiones. En segundo

⁽⁸⁸⁾ Ivi, art. 73 (b) (enunciando el compromiso de los estados miembros de « desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con[...]sus distintos *grados de adelanto* ») (énfasis añadido).

⁽⁸⁹⁾ Vid. ivi, art. 77 (otorgando competencia al Consejo de Administración sobre todos los territorios ‘dependientes’ colocados voluntariamente bajo su supervisión por las potencias coloniales); *ibid.*, arts. 79-81, 85 (definiendo los poderes sustantivos del Consejo de Administración); *ibid.*, art. 83 (definiendo los poderes sustantivos del Consejo de Seguridad sobre los territorios ‘no autónomos’ de ‘importancia estratégica’).

lugar, y derivado de lo anterior, la guerra trajo consigo una radical reformulación de los principios y objetivos de la organización; esta reformulación se traduciría en la adopción de la Declaración de Filadelfia de 1944 ⁽⁹⁰⁾. Ambos procesos afectarían irreversiblemente a la política colonial organización que, amenazada la aparición de las Naciones Unidas y de su compleja red de organizaciones, se afanaría en relanzar su política colonial, basándose para ello en una competencia ya asentada para la regulación del ‘trabajo indígena’ y en una pretendida *expertise* colonial de la que carecían las nuevas organizaciones. El colonialismo pudo haber sido en una de las razones para la propia supervivencia de la OIT.

Considerada ahora como uno de los textos constitucionales de la OIT, la Declaración de Filadelfia anuncia ya el objetivo de continuidad de la política colonial de la organización:

«La Conferencia afirma que los principios enunciados en esta Declaración son plenamente aplicables a todos los pueblos, y que si bien en las modalidades de su aplicación hay que tener debidamente en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada pueblo su aplicación progresiva a los pueblos que todavía son dependientes y a los que ya han llegado a gobernarse por sí mismos interesa a todo el mundo civilizado» ⁽⁹¹⁾.

Sobre la base de esta premisa, la OIT articulará una nueva política colonial coetánea con una variante postrera del colonialismo dispuesta a llevar la ‘misión de civilización’ hasta sus últimas consecuencias. Si hasta ese momento el derecho y la práctica internacional había enfatizado que «el colonialismo es bueno para *nosotros*», ahora el descrédito de la dominación colonial colocaba el peso en la segunda parte de la ecuación: «el colonialismo es bueno para *ellos*». La necesidad de acortar la diferencia entre los principios normativos de la posguerra y las realidades empíricas llevará a una reorientación de las capacidades institucionales del

⁽⁹⁰⁾ Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada por la 26ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Filadelfia, 10 de mayo de 1944, párr. IV (incorporando como objetivos de la Organización Internacional del Trabajo «el progreso económico y social de las regiones menos desarrolladas de la tierra» y «la promoción de la salud, la educación y el bienestar de todos los pueblos»).

⁽⁹¹⁾ Ivi, párr. V (énfasis añadido).

colonialismo hacía el ‘desarrollo’ y ‘bienestar’ de las poblaciones colonizadas: una suerte de colonialismo de bienestar, de « welfare colonialism »⁽⁹²⁾.

El discurso institucional de la OIT durante la década de los cuarenta y de los cincuenta es un ejemplo privilegiado de este colonialismo del bienestar. Si, hasta entonces, la política colonial de la organización se había limitado al disciplinamiento de la explotación laboral en las colonias, a partir de ese momento el énfasis se colocará en el ‘desarrollo’, la ‘modernización’ y el ‘bienestar’ de las poblaciones coloniales. Estos objetivos legitimarían una intervención totalizadora de la organización en todos los aspectos relacionados con la administración colonial, desde la política laboral a la política económica, desde la educación a la salud, desde la tierra a la cultura⁽⁹³⁾. Desde la perspectiva modernizadora de la organización, estas políticas contribuirían al abandono progresivo de las formas ‘primitivas’ de organización, como « la familia, el clan, la aldea y la tribu », llevando a los pueblos coloniales las bendiciones de los « sindicatos, las asociaciones de empleadores, las sociedades cooperativas »⁽⁹⁴⁾.

El discurso de la OIT durante este periodo deja también entrever el esfuerzo por acomodar su política colonial con los nuevos principios y normas emanadas de Naciones Unidas. La política colonial de la organización se presenta como un esfuerzo paralelo al de Naciones Unidas por promover el autosostenimiento y la participación en la planificación de la política social; en los

⁽⁹²⁾ Vid. R.F. HOLLAND, *European Decolonisation, 1918-1981: An Introductory Survey*, Basingstoke y London, Houndmills, 1985, pp. 54 ss. Sobre los objetivos básicos del *welfare colonialism*, véase ILO, *Minimum Standards*, cit., pp. 2 y ss (promoviendo como modelo de la nueva política de la organización el Colonial Development and Welfare Act del Imperio Británico, adoptado en 1940, basado en la premisa de que « the primary aim of colonial policy is to protect and advance the interest of the inhabitants of the colonies »).

⁽⁹³⁾ Vid. *ibid.*, p. 22 (subrayando la necesidad de que los nuevos estándares sobre territorios « dependientes » estén orientados a la regulación de la política económica « como un todo »); p. 25 (afirmando que las políticas de educación, salud y trabajo son « eslabones de una misma cadena » para el avance de los grupos « atrasados ») (énfasis añadido); p. 52 (afirmando la competencia de la OIT sobre las cuestiones derivadas de la tenencia de la tierra en los territorios coloniales) (traducción no oficial).

⁽⁹⁴⁾ *Ivi*, p. 9 (traducción no oficial).

términos de la Oficina, « the recognition of something like the right to self-determination in social policy » (95). Pero el horizonte no deja de ser uno de continuidad colonial. Se trata de *desarrollar* las sociedades colonizadas, no de acabar con el colonialismo. La última utopía colonial de la OIT es la universalización de la industria « bajo control indígena », pero bajo la « autoridad última y principal » de la metrópolis (96).

El propio marco conceptual del desarrollo, con su división binaria entre ‘desarrollos’ y ‘subdesarrollos’ reforzaba la continuidad del Código Colonial, en la forma de estándares especiales aplicables a las poblaciones ‘indígenas’. Durante el periodo 1944-1955, la OIT adoptaría un total de cinco convenios y dos recomendaciones internacionales del trabajo (97). El principal de los instrumentos adoptados durante este periodo es el Convenio sobre Política Social (Países No Metropolitanos) de 1947, una auténtica biblia del *welfare colonialism*, que define una amplia gama de estándares de política social destinados a alcanzar el ‘bienestar y al desarrollo’ en ámbitos como la vivienda, la salud, la educación, la migración o la política salarial (98). Estos estándares se verán complementado por otros instrumentos que regulan cuestiones específicas de política laboral en los territorios coloniales, incluidos la libertad de asociación (99), los servicios de inspección labo-

(95) I.L.O., *Minimum Standards*, cit., p. 16.

(96) *Ivi*, pp. 8-9.

(97) Recomendación sobre las normas mínimas de política social en los territorios dependientes, 1944 (Nº 70), adoptada por la 26ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Filadelfia, 12 de mayo de 1944 (retirada); Recomendación sobre las normas mínimas de política social en los territorios dependientes (disposiciones complementarias), adoptada por la 27ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, París, 5 de noviembre de 1945 (retirada).

(98) Convenio relativo a la política social en los territorios no metropolitanos, No. 82 (1947), adoptado por la 30ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 11 de julio de 1947, entrado en vigor el 19 de junio de 1955, art. 2 (1).

(99) Convenio relativo al derecho de asociación y a la solución de los conflictos de trabajo en los territorios no metropolitanos, No. 84 (1947), adoptado por la 30ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 11 de julio de 1947, entrado en vigor el 1 de julio de 1953.

ral ⁽¹⁰⁰⁾, los contratos de trabajo ⁽¹⁰¹⁾, y la abolición de las sanciones penales ⁽¹⁰²⁾.

La historia colonial de la OIT se prolonga oficialmente hasta 1957, año de la aprobación del Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, que revisa el convenio de 1930 para proscribir formalmente este tipo de prácticas ⁽¹⁰³⁾. El saldo de la actividad normativa de la OIT durante este periodo era una confusa amalgama de textos que intenta conjugar los objetivos de la política colonial del periodo de entreguerras con los nuevos principios y normas de la Carta de Naciones Unidas, y que sólo logrará un escaso impacto en la práctica internacional y estatal subsiguientes. De nuevo, las dinámicas históricas irían por delante de la organización. A medida en que avanzaba el proceso de descolonización en sede de Naciones Unidas, el objetivo ya no sería ya el disciplinamiento del colonialismo, sino su desmantelamiento.

⁽¹⁰⁰⁾ Convenio relativo a la inspección del trabajo en los territorios no metropolitanos, No. 85 (1947), adoptado por la 30ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 11 de julio de 1947, entrado en vigor el 26 de julio de 1955.

⁽¹⁰¹⁾ Convenio relativo a la duración máxima de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas, No. 86 (1947), adoptado por la 30ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 11 de julio de 1947, entrado en vigor el 13 de febrero de 1953 (dejado de lado).

⁽¹⁰²⁾ Convenio relativo a la abolición de las sanciones penales por incumplimiento del contrato de trabajo por parte de los trabajadores indígenas, No. 104 (1955) adoptado por la 38ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 21 de junio de 1955, entrado en vigor el 7 de junio de 1958 (dejado de lado). El convenio revisa uno de los instrumentos del Código Colonial del periodo de entreguerras, el Convenio sobre Sanciones Penales (Trabajadores Indígenas), cit.

⁽¹⁰³⁾ La cuestión del trabajo forzoso fue reabierta por un Comité Conjunto Ad Hoc de la ONU y de la OIT establecido en 1951. Dos años más tarde, el comité produjo un informe donde se denunciaba la persistencia generalizada de dicho tipo de prácticas y se recomendaba la revisión del antiguo instrumento de la OIT. *Vid.* I.L.O., *International Labour Conference XXXI Session (Geneva, 1956): Report VI (1): Forced Labour* (1956). El texto final proscribió finalmente este tipo de prácticas. *Vid.* Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, No. 105 (1957) adoptado por la 40ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 25 de junio de 1957, entrado en vigor el 17 de enero de 1959, art. 1 («Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso y obligatorio»).

5. *En países independientes: la emergencia del régimen contemporáneo sobre derechos indígenas.*

El Código Colonial hubiera entrado automáticamente en la historia del derecho internacional del colonialismo, sino fuera por la fuerza de una palabra: ‘indígena’, una palabra que es la perfecta expresión de la categorización normalizadora del colonialismo, pero también de la polivalencia de los discursos de subjetivización. La principal conclusión de la temprana vinculación de la OIT con la cuestión colonial fue la asunción por parte de la organización de una competencia implícita en materia del ‘trabajo indígena’. Sobre la base de esta pretendida competencia, la OIT tomó la iniciativa desde temprano en una serie de políticas dirigidas a los grupos indígenas en el continente americano, que desembocaron en la adopción del Convenio No. 107 en 1957, el mismo año en que se pone final al Código Colonial. Así, a través de un complejo proceso histórico que interactúa con profundos cambios normativos y conceptuales en el sistema internacional de posguerra, el Código Colonial sentará la base para la articulación de un régimen jurídico internacional más o menos definido aplicable específicamente a los pueblos ‘indígenas’.

Pero para comprender este proceso, es necesario atender una cuestión obvia: ¿Qué entiende exactamente la OIT por ‘indígena’? ¿De qué ‘trabajadores indígenas’ estamos hablando? La respuesta a esta pregunta está indisolublemente ligada a los presupuestos normativos y conceptuales que animan la entrada de la OIT en el disciplinamiento del colonialismo durante la primera década de andadura de la organización. La intervención de la organización en la cuestión del trabajo forzoso y otras cuestiones relacionadas se basó primeramente en una categoría de ‘indígena’ todavía cargada de las asunciones civilizatorias de la doctrina decimonónica de la tutela, donde primaba más la pretendida carencia de ‘civilización’ que el hecho colonial en sí. El término ‘indígena’, y la panoplia de términos asociados a este vocablo en los distintos nomenclátors jurídicos del colonialismo europeo (*indigène, autochtone, native, aborigine, eingeborener*, etc. ⁽¹⁰⁴⁾), continuaba connotando un es

⁽¹⁰⁴⁾ Para un análisis de las distintas categorías del colonialismo de raíz europea para la designación de las poblaciones sometidas a dominio colonial, véase SNOW, *The Question of Aborigines*, cit., pp. 7-15.

tado inferior de ‘evolución cultura’ que podía predicarse independientemente del régimen jurídico de los territorios donde se encontraran estos pueblos — ya fueran estados independientes o territorios sometidos a dominio formalmente colonial ⁽¹⁰⁵⁾. De hecho, las primeras investigaciones de la Oficina Internacional del Trabajo sobre esta materia muestran la existencia de un interés en las condiciones de vida de los ‘trabajadores indígenas’ en territorios no coloniales, incluyendo algunos países latinoamericanos ⁽¹⁰⁶⁾.

La ambigüedad en torno al uso del término ‘indígena’ derivada de esta herencia cultural comenzó a despejarse en la medida en que se incrementó la presión internacional sobre las prácticas del colonialismo. Una consecuencia lógica de la adopción de los primeros instrumentos internacionales en materia de ‘trabajo indígena’ — instrumentos que fueron dotando de un contenido jurídico cada vez mayor a la doctrina de la tutela — fue que el estatuto jurídico de los territorios donde se encontraban estos ‘trabajadores comenzara a cobrar una importancia fundamental, abriendo — o cerrando — las puertas del escrutinio internacional sobre las prácticas estatales. Escudados por la progresiva caída en desgracia de la norma internacional de colonialismo, los países postcoloniales tuvieron éxito en su empeño por excluir el control internacional de

⁽¹⁰⁵⁾ En palabras de Snow, autor de un celebrado tratado sobre los ‘derechos de los aborígenes’ en el periodo de la Sociedad de Naciones: « ‘aborígenes’ is primarily a term [...] which is not strictly national or strictly international, and which is concerned with the relations between a State recognized as one of the *civilized* States and *uncivilized* tribes under its sovereignty ». Ivi, p. 4 (énfasis añadido).

⁽¹⁰⁶⁾ Cuando la Oficina comenzó en 1921 sus primeras investigaciones en torno a las condiciones internacionales del ‘trabajo indígena’, su objeto era amplio, sin discriminar por el estatuto jurídico de los territorios donde se encontraba esa mano de obra. Vid. Carta de THOMAS a CANDANCE, cit., pp. 1-2 (definiendo el objeto de estudio como « les conditions du travail indigène et notamment du travail noire », incluyendo los casos de Puerto Rico, las Indias Occidentales, México, el Sur de Estados Unidos, y el trabajo forzoso en Sudamérica y África). Véase también, I.L.O., *Native and Colonial Labour*, cit., pp. 80 ss. (incluyendo información sobre el papel de la Comisión de Reservas Indias en Argentina en la supervisión de contratos de trabajo ‘indígena’). Para investigaciones específicas sobre el ‘trabajo indígena’ en países independientes durante el periodo de entreguerras, vid. Archivos históricos de la OIT, N 206/1/2 (Argentina); N 106/1/4/0 (Australia); N 206/1/37 (Liberia); N 206/1/43 (Nueva Zealand); N 206/49/1 (Perú).

sus políticas internas en relación con los pueblos indígenas dentro de sus fronteras estatales.

Producto de esta dinámica, la primera definición jurídica de ‘trabajador indígena’ (*indigenous worker; travailleur indigène*), recogida en el Convenio sobre Reclutamiento de 1936, limita el ámbito de aplicación del Código Colonial a los trabajadores sujetos a un régimen de colonialismo formal:

« [Son trabajadores indígenas] los trabajadores pertenecientes o asimilados a las poblaciones indígenas de los territorios dependientes de Miembros de la Organización y los trabajadores pertenecientes o asimilados a las poblaciones indígenas dependientes de los territorios metropolitanos de los Miembros de la Organización » (107).

La clave para la comprensión del texto radica en el término ‘dependientes’, que hace referencia, en términos estrictos, al régimen jurídico del indigenado (*indigénat*), todavía plenamente vigente en los sistemas coloniales y que fijaba un *numerus clausus* de ciudadanía con exclusión de la población colonizada (108). Así entendida, la definición dejaba fuera del ámbito de aplicación del Código Colonial a los grupos indígenas en países independientes, caracterizados por lo general por la atribución de derechos de ciudadanía a estos grupos en condiciones de igualdad formal (109).

(107) Convenio sobre el Reclutamiento de los Trabajadores Indígenas, cit., art. 2(b). El término ‘Miembros de la Organización’ amplía el ámbito de cobertura de la definición a países como la India o Sudáfrica, entonces ‘Miembros de la Organización’ pero todavía no países independientes. *Vid. supra*, nota 35.

(108) Sobre la división colonial del orden jurídico y su efecto de privación de los derechos de ciudadanía, una buena introducción es H. MAMDANI, *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

(109) En algunos estados postcoloniales, la concesión de la ciudadanía no traía aparejada la atribución automática de derechos en condiciones de igualdad. En el caso paradigmático de Brasil, los individuos indígenas fueron sometidos a un régimen especial de tutela en condiciones de minoría de edad. *Vid.* Intervención de DORIS DE VASCONELLOS, Delegado del Gobierno de Brasil, en I.L.C., *Conférence Internationale du Travail, XXIV session (Genève, 1938): Actes*, Genève, Bureau International du Travail, 1939, p. 275 (« L’Indien non civilisé jouit néanmoins chez nous d’une faveur spéciale. Considéré comme n’ayant pas encore atteint sa majorité, il est à ce titre protégé et placé sous la tutelle de l’État »). Sobre los regímenes jurídicos especiales de los pueblos indígenas en Brasil y en otros lugares del continente Americano, *vid.* R. OCTAVIO, *Les*

Empieza a cobrar sentido la intervención del delegado americano en la Conferencia de 1926 que citábamos al principio: « il n'existe pas [...] de main d'oeuvre indigène [...] [t]ous sont des citoyens »⁽¹¹⁰⁾.

En consecuencia, por más que el desarrollo progresivo de las normas del Código Colonial consolidara la competencia internacional de la OIT en materia de 'trabajadores indígenas', la positivización de estas normas tuvo el efecto de circunscribir la aplicación de estas normas a la situación colonial en sentido formal, conduciendo así a una cisura interna en la doctrina de la tutela que se consolidará definitivamente con el arranque del proceso de descolonización en África y Asia. El devenir de este proceso es de sobras conocido. Amparados por el principio o derecho a la autodeterminación, los territorios coloniales — la mayoría — accedieron a la estatalidad independiente sobre la base del principio de respeto a las fronteras coloniales (*uti possidetis*⁽¹¹¹⁾). El criterio para la construcción de unidades estatales independientes fueron las fronteras, no los pueblos⁽¹¹²⁾. La Doctrina del Agua Azul (o del Agua Salada) excluyó a los enclaves de población indígena al interior de los estados independientes de la aplicación del principio o derecho de autodeterminación⁽¹¹³⁾. Y la construcción de los nuevos estados

sauvages américains devant le droit, « Recueil des Cours de l'Académie de Droit Internationale de la Haye » XXXVIII, pp. 224-244.

⁽¹¹⁰⁾ Intervención de COUSIN, delegado del gobierno de Sudáfrica, en I.L.C., *International Labour Conference VIII session (1926)*, cit., p. 263.

⁽¹¹¹⁾ Sobre el fundamento jurídico internacional para la permanencia de las fronteras heredadas del colonialismo, vid., M. SHAW, *The Heritage of States: The Principle of Uti Possidetis Juris Today*, « British Yearbook of International Law », LXVII, 1996, pp. 88 ss; Id., *Peoples, Territorialism and Boundaries*, « European Journal of International Law », VIII, 1997, 3.

⁽¹¹²⁾ Sobre el impacto de las fronteras coloniales sobre la conformación de los nuevos estados independientes tras la descolonización, la obra de referencia sigue siendo probablemente I. BROWNLEE, *African boundaries: a legal and diplomatic encyclopedia*, London, Royal Institute of International Affairs, 1979.

⁽¹¹³⁾ Promovida sobre todo por los estados americanos en Naciones Unidas, la doctrina del Agua Azul sostuvo que los 'territorios no autónomos' en el sentido de los Capítulos X y XI de la Carta de las Naciones de Unidas se limitaban exclusivamente a los territorios geográficamente no contiguos — aquellos típicamente sometidos a formas de colonialismo europeo clásico — con exclusión de los territorios indígenas enclavados dentro de los estados independientes. Vid. Resolución 1541 (XV) de la

postcoloniales cristalizó el objetivo de la ‘integración’ como principio rector de la buena gobernanza en el interior de los estados ⁽¹¹⁴⁾.

En términos jurídico-formales, la cisura interna en la doctrina internacional de la tutela resultante del proceso de descolonización tendrá como efecto con la exclusión de los grupos indígenas en países independientes de toda protección internacional, más allá de las obligaciones morales asociadas tradicionalmente a la tutela. La paradoja de la descolonización no deja de ser evidente para los actores contemporáneos, incluidos los más afectados, por su interés directamente colonial ⁽¹¹⁵⁾.

La erosión definitiva de la norma internacional del colonialismo trajo también como consecuencia una renovación del vocabulario internacional, con consecuencias no poco trascendentes. La Carta de las Naciones Unidas no utiliza la palabra ‘indígena’ para referirse a las poblaciones sometidas a dominio colonial — un término que, en las distintas lenguas del colonialismo, había ganado un contenido abiertamente peyorativo — sino que opta por la fórmula políticamente correcta de « territorios no autónomos » (*non self-governing territories; territoires non autonomes*) para referirse a la realidad colonial. El Código Colonial de la OIT optará también por una definición territorial de su ámbito de aplicación, refiriéndose ge-

Asamblea General, 15 de diciembre de 1960, Principio VI, (definiendo que el ámbito de aplicación del Capítulo X son los territorios « que está[n] separado[s] geográficamente del país que lo administra y [son] distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales »).

⁽¹¹⁴⁾ Vid. ANAYA, *Indigenous Peoples*, cit., p. 44 (1996) (sugiriendo que el régimen de la descolonización promovió la asimilación de grupos culturales minoritarios dentro de las sociedades mayoritarias de los estados en los que viven); CLAVERO, *Derecho Indígena*, cit., p. 62 (señalando que la descolonización reforzó la tendencia hacia el monopolio de los estados como sujetos del sistema internacional).

⁽¹¹⁵⁾ La reacción frente a la paradoja de la ortodoxia del Agua Azul tomará forma con el lanzamiento de la denominada ‘Tesis Belga’, que promoverá una interpretación del Capítulo XI de la Carta de Naciones Unidas que incluyera también a los pueblos indígenas en países independientes, en el marco de la doctrina de la tutela consagrada en los artículos 22 y 23 del Pacto de la Sociedad de Naciones; una interpretación tan lógica como poco exitosa, que se verá frustrada por las propias dinámicas de la lucha anticolonial. Vid. F. VAN LANGENHOVE, *La question des aborigènes aux Nations Unies: La Thèse belge*, Bruxelles, Institut Royal des Relations Internationales, 1954.

neralmente a « territorios no metropolitanos ». Estos cambios de terminología dejarán el término 'indígena' libre de ser apropiado para otros usos internacionales.

Son estas las coordenadas que explican la aparición de un régimen internacional relativo específicamente a los pueblos indígenas 'en países independientes' a partir de los años 1950, una derivación específica de la doctrina de la tutela precipitada por el *cul-de-sac* de la descolonización. El linaje resulta aparente. Al igual que la tutela, el primer régimen internacional relativo a los pueblos indígenas se sitúa en la periferia del sistema internacional de soberanía, con el que hace sistema, y al que termina por legitimar. Como la tutela, la preocupación internacional por las condiciones de vida de estos grupos se expresará en términos humanitarios, como una obligación de la parte más 'civilizada' por la penuria de la menos 'civilizada'. Pero cambian algunas palabras. Ahora estamos en el contexto del 'desarrollo', uno de los principios rectores del orden internacional de la segunda posguerra. Movido por una confianza ilimitada en la capacidad transformadora de la ingeniería social, la comunidad internacional verá en los grupos indígenas el mejor ejemplo del 'subdesarrollo' al que estaba llamado a combatir ⁽¹¹⁶⁾. El siguiente extracto de un discurso ante la Conferencia Internacional del Trabajo resume el espíritu de una época:

« We are dealing with many hundreds of millions of destitute people who in this twentieth century — the century of atomic energy and tremendous social changes — continue to live in poverty, a deprived of the possibility of benefiting from the best achievements of the *culture of mankind* and are labouring under

⁽¹¹⁶⁾ Para análisis críticos del discurso del desarrollo en la posguerra, véase, en general T. BANURI, *Development and the Politics of Knowledge: A Critical Interpretation of the Social Role of Modernization Theories in the Development of the Third World*, en *Dominating Knowledge: Development, Culture, and Resistance*, editado por F. Marglin y S. Marglin, Oxford, Oxford University Press, 1990; A. ESCOBAR, *Encountering Development: The Making and the Unmaking of the Third World*, Princeton: Princeton University Press, 1995, pp. 24-29, 44-47 (1995); G. ESTEVA, *Development en The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power*, editado por W. Sachs, London y New Jersey, Zed Books, 1992; V. TUCKER, *The Myth of Development: A Critique of a Eurocentric Discourse en Critical Development Theory: Contributions to a New Paradigm*, editado por R. Munck y D. O'Hearn, Londres & New York, Zed Books, 1999.

heavy economic and social oppression [...] [T]hey are *backward* [...] because they were pit at a disadvantage » (117).

Ancorado en las asunciones modernizadoras de la época, el derecho internacional concebirá la pertinaz existencia de los pueblos indígenas y de sus culturas como un 'problema' para la conciencia humanitaria de la humanidad, al mismo tiempo que un obstáculo para el objetivo último, impostergable, del desarrollo. Del 'problema colonial' se pasa al 'problema indígena', sin solución de continuidad. La aproximación internacional a los pueblos indígenas como un 'problema' es así perfectamente consistente con la carga humanista y civilizatoria características de la doctrina internacional de la tutela, una tutela compatible con configuraciones de poder basadas en la negación de los derechos y aspiraciones de las poblaciones llamadas a proteger (118). Es en este sentido que Russell L. Barsh ha sugerido que los pueblos indígenas fueron considerados primariamente por el derecho internacional contemporáneo más como *objetos* de intervención que como *sujetos* de derechos (119).

La transición del régimen colonial al régimen contemporáneo sobre pueblos indígenas encuentra de nuevo en la OIT un testigo tan excepcional como incómodo. Esta transición encuentra su *locus* en la labor de la organización en relación con las « condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas » en el continente americano, una labor desarrollada durante más de dos décadas y en paralelo al devenir de la política colonial de la organización. El primer acercamiento de la OIT a esta realidad tiene lugar en el marco de las conferencias americanas del trabajo, nacidas con el objetivo de llamar la atención de Ginebra sobre los principales problemas de los países americanos en materia de política social y laboral (120). Cuando la OIT preguntó a los países americanos

(117) Intervención de POTHENKIN, Asesor técnico del Gobierno de la URSS, en I.L.C., *International Labour Conference, XL Session (Geneva, 1957): Record of Proceedings*, Geneva, International Labour Office, 1958, p. 408 (énfasis añadido).

(118) Vid. J. FERGUSON, *The Anti-Politics Machine: "Development," Depoliticization, and Bureaucratic Power in Lesotho*, Cambridge y New York, Cambridge University Press, 1990, pp. 4 ss.; Escobar, *Encountering Development*, cit., pp. 39-44.

(119) Vid. R. L. BARSH, *Indigenous Peoples in the 1990s: From Object to Subject of International Law*, « Harvard Human Rights Journal », 7 1990, pp. 33-86.

(120) Sobre la política regional de la organización en relación con el continente

cuáles eran estos problemas, todos apuntaron a uno en particular: el ‘problema indígena’. Un reflejo de un momento histórico en el que el movimiento indigenista había ya calado en el discurso y política oficial de los países latinoamericanos, preconizando la ‘integración’ como solución a este ‘problema’ ⁽¹²¹⁾.

La primera de las conferencias americanas del trabajo, celebrada en Santiago en 1936, concluyó con la adopción de una resolución sobre « las condiciones de vida de la población nativa » ⁽¹²²⁾. La resolución hacía un llamamiento a los estados americanos « con una considerable población nativa » (el ‘problema indígena’ era también una cuestión de proporción demográfica) a transmitir información a la OIT sobre los « problemas económicos y sociales » de estos grupos, con la mirada puesta en la « acción internacional » ⁽¹²³⁾. En un momento de plena efervescencia del Código Colonial, la respuesta de la OIT a esta invitación no dejaba lugar a dudas: ella era la única organización internacional con competencia en cuestiones ‘indígenas’ — y ello con independencia del origen colonial de esta competencia.

Pero habrá que esperar al fin de la II Guerra Mundial para asistir al impulso definitivo a la política indigenista de la OIT, con

americano, véase J. RENS, *Latin America and the International Labour Organisation: Forty Years of Collaboration 1919-1959* « International Labour Review », LXXX, 1959, 1.

⁽¹²¹⁾ Sobre la filosofía del movimiento indígena latinoamericano, véase, en general, G. AGUIRRE BELTRÁN, *El proceso de aculturación*, México D.F., UNAM-Dirección General de Publicaciones, 1957; A. CASO, *Indigenismo*. México D.F., Instituto Nacional Indigenista, 1958; Juan Comas, *Ensayos sobre indigenismo*, México D.F., Instituto Interamericano de Derechos Humanos (I.I.I.), 1953; M. GAMIO, *Consideraciones acerca del problema indígena*, México D.F., I.I.I., 1948. Para perspectivas histórico-críticas del movimiento, véase *Indianismo e Indigenismo en América*, editado por J. Alcina FRANCH, ed. Madrid, Alianza Editorial, 1990; B. CLAVERO, *Derecho indígena*, cit. pp. 35-52 (1994); H. DÍAZ POLANCO, *Autonomía regional: La autodeterminación de los pueblos indios*. México D.F., Siglo XXI Editores, 1991, pp. 86-108; M. MARZAL, *Historia de la Antropología Indigenista: México y Perú*, Barcelona y Mérida, Anthropos: Editorial del Hombre and Editora Regional Extremeña (ERE), 1991; R. STAVENHAGEN *et al.*, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina* 119-144 (1988); Luis Villoro, *Los grandes momentos del indigenismo en México* (1979).

⁽¹²²⁾ Vid. Resolución (N° 7) sobre las condiciones de vida de la población nativa, reproducido en OIT, *Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo de los Estados de América que son Miembros de la OIT*. Santiago de Chile, OIT, 1936, p. 7.

⁽¹²³⁾ *Ibidem*.

la celebración de las conferencias de México (1946) y Montevideo (1949 ⁽¹²⁴⁾). Estas conferencias marcan la consolidación de un discurso institucional marcado por la aproximación ‘práctica’ al ‘problema indígena’ ⁽¹²⁵⁾. Este discurso desemboca en una nueva versión de la doctrina de la tutela, donde dialogan fácilmente los presupuestos del indigenismo integracionista con las premisas desarrollistas del régimen internacional de la posguerra.

Uno de los corolarios de las conferencias americanas fue el lanzamiento del denominado Plan Andino un ambicioso macroprograma desarrollista que tuvo una duración de una década y

⁽¹²⁴⁾ Vid. OIT, *Tercera Conferencia de Estados Americanos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo* (México D.F., 1946): *Actas de las sesiones*, Montreal, Oficina Internacional del Trabajo, 1946. La Conferencia adoptó una resolución relativa al ‘problema indígena’ en América, que sugería la creación de una « comisión de expertos sobre los problemas sociales de las poblaciones indígenas del mundo ». Resolución sobre la población indígena de América, *ivi*, p. 290. Vid. OIT, *Cuarta Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo* (Montevideo, 1949): *Actas de las sesiones*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1951. La Conferencia de Montevideo concluyó con la adopción de una resolución, mejor conocida como el Plan de Montevideo, que enfatizaba la naturaleza económica del ‘problema indígena’ y destacaba el potencial papel de la organización en la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas e incorporaba una amplia gama de asuntos donde esta intervención se veía posible. Vid. Resolución (No.1) sobre las condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en América Latina, *ibid.*, pp. 261-263. La articulación del discurso integracionista de la OIT en relación con los pueblos indígenas, que se plasmará después en las normas de 1957 sobre poblaciones indígenas, tribales y semitribales, puede trazarse en los diversos informes producidos por la organización durante este periodo. Vid. e.g. V. GARCÉS VALDÉS, *Condiciones de vida de las poblaciones indígenas en los países americanos*, Montreal, Oficina Internacional del Trabajo, 1946; OIT, *Tercera Conferencia de Estados Americanos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo* (México D.F., 1946): *Informe del Director*, Montreal, Oficina Internacional del Trabajo, 1946; OIT, OIT, *Cuarta Conferencia de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo* (Montevideo, 1949): *Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas en los países americanos*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1949.

⁽¹²⁵⁾ Vid. C. TENNANT, *Indigenous Peoples, International Institutions and the International Legal Literature*, « Human Rights Quarterly », XVI, 1994, p. 24 (describiendo el *pragmatismo* propio de la aproximación de la OIT y de otras agencias internacionales al problema indígena durante la década de los 1940 y 1950, entendido como « a practical, flexible approach that emphasises effectiveness and utility, rather than doctrinal rigourness »).

abarcó seis países, con el objetivo expreso de ‘integrar’ las poblaciones indígenas empobrecidas de la región andina ⁽¹²⁶⁾. Hecho posible gracias a la movilización masiva de fondos del primer régimen internacional de desarrollo, el Plan partió de una aproximación ‘integral’ — típicamente indigenista — al desarrollo indígena, recurriendo a las técnicas de la antropología aplicada para promover el ‘cambio cultural’ de estas poblaciones ⁽¹²⁷⁾. El Plan Andino tuvo al menos dos consecuencias fundamentales para la articulación del primer régimen internacional sobre los pueblos indígenas. En primer lugar, el Plan consolidó el liderazgo internacional de la OIT en la acción indigenista internacional frente al resto de las organizaciones internacionales, incluida Naciones Unidas. Y, en segundo lugar, el plan tuvo un efecto demostración innegable en los estados con población indígena, jugando un papel fundamental en la generación de un consenso sobre los beneficios (en términos de ‘desarrollo’) de un mayor internacional en cuestiones indígenas. Este es el contexto en el que la Conferencia Internacional del Trabajo de 1957 adoptaría el Convenio N° 107 y la Recomendación N° 104 ⁽¹²⁸⁾, que sientan los primeros estándares jurídicos internacionales en relación con los pueblos indígenas y

⁽¹²⁶⁾ La literatura existente sobre el Programa Andino es extensa. *Vid.*, e.g., J. COMAS, *La Misión Andina y la Aculturación Indígena*, « América Indígena », XIX, 1959, 3, pp. 169-177; I.L.O., *Le Programme Andin*. Genève, ILO, 1958; J. RENS, *The Development of the Andean Indian Program and Its Future*, « International Labour Review », XXXVIII, 1963, 6, pp. 547-564; Id., *Le Plan andin: Contribution de l'OIT à un Projet pilot de coopération technique multilatérale*, Bruxelles, Emile Bruillant, 1987 (Jef Rens fue el principal responsable dentro de la Oficina Internacional del Trabajo del lanzamiento de Programa Andino y estuvo involucrado en su desarrollo durante la mayor parte de su andadura).

⁽¹²⁷⁾ *Vid.* Ernst Beaglehole, *A Technical Assistant Mission in the Andes*, « International Labour Review » LVII, 1952, pp. 520-543; Id., *Cultural Factors in Economic and Social Change*, « International Labour Review », LXVIII, 1957, 68, 1957, pp. 415-432 (Presidente del Comité de Expertos en Trabajo Indígena de la OIT y un destacado antropólogo neocelandés, Beaglehole estuvo involucrado en las primeras fases del Programa Andino, dejando en él la reconocible huella de la antropología aplicada).

⁽¹²⁸⁾ Recomendación de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la Integración y Protección de las Poblaciones Indígenas, Tribuales y Semitribuales en Países Independientes, N° 104, adoptada por la 40ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 26 de junio de 1957.

que tendrán una importancia fundamental para los desarrollos normativos posteriores en esta materia.

Qué se entiende ahora por ‘indígena’? El Convenio define su ámbito de aplicación en los términos siguientes:

« El presente Convenio se aplica: *a*) a los miembros de las poblaciones tribuales [sic] o semitribuales [sic] en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional [...]; *b*) a los miembros de las poblaciones tribuales [sic] o semitribuales [sic] en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización [...] » ⁽¹²⁹⁾.

El elemento clave de esta definición es el sintagma « en países independientes », un elemento llamado a diferenciar claramente los regímenes normativos aplicables a los ‘trabajadores indígenas’ del Código Colonial de estos otros ‘indígenas’; y un elemento sólo comprensible en un contexto histórico en que también existían países ‘dependientes’. Al interior de los estados mismos, el elemento diferenciador no es el estatuto jurídico de estos pueblos (no puede serlo: ciudadanos ‘somos todos’), sino un estado de retraso en relación dialéctica con una idea homocultural de ‘nación’.

Los principios básicos del Convenio No. 107 se expresan claramente en su título: la « integración y protección de las poblaciones indígenas, tribuales [sic] y semitribuales [sic] en países independientes ». El objetivo de la integración — un objetivo que incorpora simultáneamente nociones de desarrollo, cambio cultural y construcción ‘nacional’ — anima toda una serie de políticas estatales, desde una perspectiva ‘integral’ ⁽¹³⁰⁾. Complementando este objetivo, el Convenio No. 107 incorpora también un programa de ‘protección’ de las « instituciones, las personas, los bienes y el trabajo de las poblaciones » indígenas, donde parecen resonar los ecos de la tutela ⁽¹³¹⁾. Pero el programa de protección se concibe

⁽¹²⁹⁾ Convenio No. 107, cit., art. 1(1).

⁽¹³⁰⁾ Ivi, art. 14 (política agraria); art. 15 (contratación y condiciones de empleo); art. 16-20 (formación profesional, artesanía e industrias rurales); y art. 19-20 (seguridad social y sanidad); art.s 21-26 (educación y medios de comunicación).

⁽¹³¹⁾ Ivi, art. 3(1). Entre las medidas de protección, se encuentran el respeto a

como un programa esencialmente temporal, supeditado en todo caso a los objetivos de la integración ⁽¹³²⁾.

La sensibilidad antropológica de las normas de 1957 es sólo proporcional con la convicción de la inviabilidad de las sociedades indígenas ante el empaque de las fuerzas del desarrollo y la modernización. Las asunciones civilizatorias características del paradigma positivista se reflejan en el Convenio N° 107 con un vocabulario ahora pretendidamente ‘científico’. La noción misma de integración — como la de desarrollo — no hace sino evocar una evolución unilineal y unidireccional, imparabile a la vez de controlable por medio de ingeniería social ⁽¹³³⁾. Mientras tanto, los pueblos indígenas son presentados como pueblos ‘atrasados’, cuyas culturas deben cambiar necesariamente para alcanzar el ‘desarrollo’ ⁽¹³⁴⁾.

El Convenio N° 107 entró en vigor en 1959, y pronto fue relegado dentro de una organización cuyos objetivos, intereses y competencia no incluían los ‘trabajadores indígenas’. Era ya historia, incluso en el momento mismo en que fue adoptado. La utopía desarrollista de la OIT en relación con el problema indígena se agotaría en una serie de escaso impacto ⁽¹³⁵⁾. Mientras tanto, el

las formas indígenas de sus propios valores culturales y religiosos (art. 4.a), costumbres e instituciones (art. 7.2), métodos de control social (art. 8.1), la protección frente al trabajo forzoso (art. 9) y las formas abusivas de detención (art. 10), y la protección de las tierras « que tradicionalmente ocupan » estos pueblos (art. 11-13).

⁽¹³²⁾ Ivi, art. 3(2)(b) (« Se deberá velar por que [las] medidas *especiales* de protección [...] se apliquen solamente mientras exista la necesidad de una protección especial y en la medida en que la protección sea necesaria »).

⁽¹³³⁾ Ivi, art. 10(2) (« Al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de *evolución cultural* de dichas poblaciones ») (énfasis añadido).

⁽¹³⁴⁾ Ivi, art. 1(1), (afirmando que el convenio se aplica a « a los miembros de las poblaciones tribuales o semitribuales...cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa *menos avanzada* que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional ») (énfasis añadido).

⁽¹³⁵⁾ Sobre las actividades de la OIT en materia de ‘sedentarización’ de pueblos ‘nómadas y seminómadas’, y otros proyectos fallidos de desarrollo en ‘integración’ en el ámbito de cobertura del Convenio No. 107, *vid.*, See I.L.O., *Panel of Consultants on Indigenous and Tribal Groups, First session, Geneva 15-26 October 1962. Third Item on the Agenda: Nomadism and Sedentarisation* No. Doc. OIT PCITP/1962/I/3 (1962); I.L.O. *Technical Meeting on Problems of Nomadism and Sedentarisation, Geneva 6-17 April 1964, Second Item on the Agenda: International and Regional Co-operation in the*

convenio contó con un total de 29 ratificaciones, de las cuales aproximadamente sólo la mitad tuvo algún tipo de efecto ⁽¹³⁶⁾, y siempre desde el punto de vista ‘promocional’ ⁽¹³⁷⁾.

6. *Epígono colonial: el caso de Portugal.*

La adopción del Convenio No. 107 de la OIT no pone punto y final a la historia de complicidad entre la organización y el colonialismo en su forma clásica. El ruido de fondo del colonialismo estuvo presente en las actividades de la OIT en relación con los pueblos indígenas ‘en países independientes’ durante toda la

Field of Sedentarisation. No. Doc OIT Doc TMS/1964/2 (1964); I.L.O., *Report of the Inter-Regional Study Tour and Seminar on the Sedentarisation of Nomadic Populations in the Socialist Republics of Kazakhstan and Kirguizia (5-30 September 1966)*, No. Doc. OIT TAP/INT/R. 13 (1966).

⁽¹³⁶⁾ La lista final de ratificaciones del Convenio No. 107 es la siguiente [el símbolo “*” marca aquellos estados que han denunciado el Convenio, incluyendo aquellos casos de denuncia por ratificación posterior del Convenio N° 169]: Angola, Argentina*, Bangladesh, Bélgica, Bolivia*, Brasil*, China*, Colombia*, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador*, Egipto, Ghana, Guinea-Bissau, Haití, India, Irak, Malawi, México*, Pakistán, Panamá, Paraguay*, Perú*, Portugal, El Salvador, República Árabe de Siria, Túnez y República Árabe Unida. Portugal y la República Árabe Unida nunca denunciaron formalmente el Convenio N° 107. En el primer caso, la OIT tomó la posición formal a partir de 1972 de que el convenio no era de aplicación en este país —y en sus colonias; el segundo caso es un caso de desintegración estatal, siendo sustituida por sus partes integrantes, Túnez y Siria, en 1961, en virtud del principio de sucesión de los estados.

⁽¹³⁷⁾ Durante la primera década desde su entrada en vigor, los órganos de supervisión de la OIT tomaron la posición de que el convenio era un instrumento meramente ‘promocional’, estableciendo, más que derechos propiamente dichos jurídicamente sancionables, medidas « administrativas, económicas y materiales, el establecimiento de planes de acción, la creación de órganos administrativos [...] etc. » I.L.O., *International Labour Conference, 59th Session, Report of the Committee of Experts on Application of Conventions and Recommendations. Report III (Part III): Individual Observations*, Geneva, International Labour Office, 1978, pp. 15-16 (la traducción es mía). Escribiendo a finales de la década de los setenta, un autor señaló que la práctica de « supervisión de convenios promocionales es, cuanto menos, una decepción, y en la práctica se pone muy poco esfuerzo, o no se pone en absoluto, para supervisar los instrumentos que entran dentro de esta categoría ». G. BENNET, *Aboriginal Rights in International Law*, Londres, Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland, 1978, p. 47.

década de los cuarenta y cincuenta, en un momento en que el estatuto jurídico de las poblaciones ‘indígenas’ comenzaba a cobrar prominencia en la marco de la descolonización auspiciada por Naciones Unidas. Es el proceso de descolonización mismo el que abre la posibilidad misma de la emergencia del régimen internacional relativo a los pueblos indígenas.

Leído en el contexto de la descolonización, el objetivo de la ‘integración’ preconizado por el Convenio No. 107 cobra una dimensión añadida. Cuando el convenio habla de ‘integración’ está haciendo referencia a un equivalente funcional al principio de autodeterminación que se está predicando de los pueblos sometidos al dominio colonial⁽¹³⁸⁾. En este sentido, el convenio no hace sino reforzar el *statu quo* creado por la Doctrina del Agua Azul, con su exclusión de los enclaves indígenas dentro de países postcoloniales del ámbito de aplicación de la autodeterminación. En tiempos de la descolonización, el objetivo de la ‘integración’ legitima la continuidad del colonialismo interno en los estados postcoloniales, pero también del colonialismo exterior.

El propio proceso de elaboración del Convenio No. 107 es una muestra de los vasos comunicantes todavía vigentes en ese tiempo entre el régimen colonial y el régimen sobre pueblos indígenas. Las potencias coloniales vieron en el convenio un mecanismo para remediar el *décalage* entre el importante nivel de fiscalización

⁽¹³⁸⁾ De acuerdo con el delegado de Bolivia a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1956, « integration should be carried out in all fronts in the independent countries, while in the case of the non-metropolitan territories and those under Trusteeship, the spirit of chp. XI of the United Nations' Charter should be taken into account » Intervención de Salamanca, Delegado suplente del Gobierno de Bolivia, en I.L.C. *International Labour Conference, Thirty-Ninth Session (Geneva, 1956): Minutes of the Committee on Indigenous Population* (1956), I.L.C. 39/CIP/III/3. Los instrumentos internacionales del régimen de descolonización se refieren expresamente a la ‘integración’ como una de las formas de abandonar el estatuto de territorio no autónomo. Según la Resolución 1541 (XV), ello ocurre: « (a) Cuando pasa a ser un Estado independiente y soberano; (b) Cuando establece una libre asociación con un Estado independiente; o (c) Cuando se integra a un Estado independiente ». *Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del Artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas (Declaración Relativa a Territorios no Autónomos)*, Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General, 15 de diciembre de 1960, Principio VI.

internacional de la situación colonial y la desprotección de los grupos indígenas en países independientes ⁽¹³⁹⁾. El propio Código Colonial sirvió para referir la medida de protección internacional de los ‘trabajadores indígenas’ en las colonias y de las ‘poblaciones indígenas’ en los estados postcoloniales. El producto no difiere de los presupuestos del *welfare colonialism*, un híbrido de política de bienestar y de colonialismo interno. Construidos ambos sobre los sedimentos de la misma noción de tutela civilizatoria, los lazos de continuidad existentes entre el régimen colonial y el régimen sobre pueblos indígenas impedirán un corte limpio entre ambos, al menos mientras se prolonguen las estructuras del colonialismo formal en África y Asia. La fuerza colonial de la integración puede pesar más que el propio criterio diferenciador de la estatalidad independiente.

El caso de Portugal es un claro ejemplo de ello. Después de haber jugado un papel activo en su elaboración, Portugal ratificó el Convenio No. 107 en 1960, precisamente el año en que la Asamblea General de Naciones Unidas aprobaba la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Territorios Coloniales — una coincidencia nada casual ⁽¹⁴⁰⁾. Esta ratificación creó auto-

⁽¹³⁹⁾ La Tesis Belga, *infra*, nota 115, también estuvo presente en la discusión del Convenio No. 107, que fue vista como una ocasión para rellenar el vacío de fiscalización internacional sobre los enclaves indígenas tras la división interna del régimen de tutela operada por la Carta de las Naciones Unidas. De acuerdo con el embajador VAN LANGENHOVE, el principal autor intelectual de la Tesis Belga: « une convention, s’il est définitivement adoptée par la Conférence Internationale du Travail de 1957 permettra donc, sinon de supprimer, tout au moins de réduire l’inégalité qui existe actuellement entre la protection internationale dont peuvent bénéficier maintenant les populations aborigènes, d’une part dans les ‘territoires non métropolitaines’, d’autre part dans les ‘pays indépendants’ ». F. VAN LANGENHOVE, *La question des aborigènes à la Conférence Internationale du Travail*, « Synthèses », CXXVIII, 1957, p. 253. Van Langenhove tuvo una participación activa en los debates de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1939 y 1940 y, junto con los representantes de otras potencias coloniales, participó en la comisión de la Conferencia responsable de la redacción del instrumento. *Vid.* Intervención de VAN LANGENHOVE, en ILC, *Minutes of the Conference Committee on Indigenous Populations*, cit., ILC 39/CIP/III/2 (« indigenous workers in independent countries should enjoy the same rights as indigenous workers in non-metropolitan territories »).

⁽¹⁴⁰⁾ Resolución sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1960, UN Doc. GA Res. 1514 (XV), 1960.

máticamente una situación jurídica anómala. Como es sabido, el ámbito de aplicación del Convenio No. 107 se refiere a « los países independientes », precisamente para marcar la diferencia con los territorios ‘dependientes’, con las colonias. ¿Qué entendía Portugal por ‘indígena’? ¿Qué quería entender?

En una misiva dirigida a la organización en 1961, el Gobierno portugués expresaba su posición oficial de que, a los efectos de los convenios ratificados por el Estado, « las Provincias de Ultramar constituía una parte integral del territorio nacional del Estado de Portugal »⁽¹⁴¹⁾. La comunicación simplemente evocaba la abolición del *estatuto do indigenado* y la consiguiente concesión derechos de ciudadanía a los habitantes de las colonias⁽¹⁴²⁾, como consecuencia de la cual « indigenous peoples [...] [were] fully pledged citizens enjoying all political rights »⁽¹⁴³⁾. La carta reflejaba una estrategia bien diferenciada por parte de algunas potencias coloniales — y, entre ellas, Francia, España, y el propio Portugal — que, frente a la presión descolonizadora internacional, procuraron travestir sus dominios coloniales bajo la forma de « provincias de ultramar », partes integrantes del territorio metropolitano, una estrategia que, en el caso específico de Portugal, demostraría ser un mecanismo eficaz para retrasar la concesión de independencia de sus dominios coloniales durante más de una década.

Conforme a esta lógica, las poblaciones « indígenas, tribales y semitribales » que vivían en los territorios portugueses de África y Asia entraban dentro del ámbito de validez definido por el artículo 1 del Convenio No. 107, en la medida en que habitaban un solo ‘país independiente’. El argumento no era tan difícil de construir, en vista de las evidentes continuidades semánticas y normativas existentes entre la situación colonial y la situación postcolonial de los pueblos indígenas. No en vano, los códigos portugueses habían utilizado siempre el término ‘*indígena*’ para referirse a la población

⁽¹⁴¹⁾ Carta del Gobierno de Portugal, 30 de noviembre de 1961, citada en 684.

⁽¹⁴²⁾ Vid. Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 1961 (No. 43893), que abole el *Estatuto dos indígenas portugueses* de 1954.

⁽¹⁴³⁾ Informe anual del Gobierno de Portugal, citado en I.L.O, *International Labour Conference, 53th Session (Geneva, 1969): Report of the Committee of Experts on Application of Conventions and Recommendations. Report III (Part II): Summary of Reports on Ratified Conventions*, Geneva, International Labour Office, p. 107.

sujeta a su dominio colonial ⁽¹⁴⁴⁾. Los traductores de la OIT no podían salir de su asombro ⁽¹⁴⁵⁾.

La OIT terminaría aceptando formalmente la posición portuguesa. En virtud de una doctrina bien asentada, la organización

⁽¹⁴⁴⁾ De acuerdo con el Gobierno de Portugal, el Convenio No. 107 era de aplicación en Bissau, Angola y Mozambique, territorios donde el *indigenado* (*Estatuto dos indígenas portugueses*) había estado en vigor hasta su abolición final en 1961. De acuerdo con Portugal, « [a] definição de indígena dada naquele Estatuto...se bem não fosse formalmente coincidente com a estabelecida neste artigo 1º, conduzia na prática a uma delimitação idêntica à adoptada pela Convenção no 1[0]7 ». *Informe Anual del Gobierno de Portugal sobre la Aplicación del Convenio No. 107*, 1962, p. 11. El criterio que discriminaba entre la población colonial en general y la población 'indígena' en el sentido del Convenio No. 107 era por tanto el mismo criterio que diferenciaba entre 'ciudadanos' y 'sujetos' a afectos de la división del orden jurídico: « Podemos considerar populações aborígenes para efeitos da aplicação da Convenção 107 as populações das regedorias tradicionais que não optaram pela lei escrita do direito comun e seguem nas suas relações de direito privado, e só nessas, a sua lei costumaria » (ivi, p. 13). Siguiendo la definición del art. 1 del Convenio No. 107, el Gobierno portugués sostuvo que éste no se aplicaba en Cabo Verde, con el argumento de que « nunca essistiram no arquipélago populações abrangidas pelas disposições da convenção », ni a las islas de São Tomé y Príncipe, en vista de que « a sua população está, desde há muito tempo, integrada na comunidade nacional, estando sujeita, de facto o de direito, às leis comuns que regem a actividade dos cidadãos » y « seu desenvolvimento era superior ao das populações abrangidas por aquele Estatuto ». *Informe Anual del Gobierno de Portugal sobre la Aplicación del Convenio No. 107*, 1962, p. 9. Archivos históricos de la OIT, ACD 8/2/51/107. Por lo que se refiere a los dominios coloniales portugueses en Asia, la posición del Gobierno portugués fue mucho más ambivalente, que fue definida paulatinamente en respuesta a las interpelaciones de la Comisión de Expertos. Finalmente, el Gobierno portugués adoptó la posición de que el Convenio sólo se aplicaba en Timor Oriental, aunque la situación en este país era considerada « muito peculiar » en la medida en que « a evolução das populações aborígenes » achicaba la diferencia entre « populações menos evoluídas » y « populações integradas ». *Informe Anual del Gobierno de Portugal sobre la Aplicación del Convenio No. 107*, 1965, p. 2. Archivos históricos de la OIT, ACD 8/2/51/107.

⁽¹⁴⁵⁾ La traducción al inglés del primer informe portugués sobre la aplicación del Convenio No. 107 volvió a reabrir en la O.I.T. un viejo dilema sobre la terminología asociada a la noción de 'indígena': « The term 'native' is generally avoided in ILO translations, 'indigenous' being the usual one employed instead [...]. In the cases of Ghana and Portugal, 'Native' was rightly revived to correspond to Portuguese indígena in the legal sense — i.e. meaning the African population covered by the (old) Native Statute [Indigenado] and excluding the *evolués* ». Memorandum de R.W ROOME. 11 de enero de 1963, p. 1, Archivos Históricos de la OIT, ACD 8/2/51/107 (énfasis en el original). En consecuencia, los servicios de traducción de la oficina tomaron la decisión

carecía de competencias para expresar opiniones sobre el estatuto jurídico de un Estado miembro o de un territorio perteneciente a un Estado miembro, asunto que se consideraba que pertenecía a la soberanía de éste ⁽¹⁴⁶⁾. El informe del Comité de Expertos — el órgano encargado de la supervisión de la aplicación de los convenios de la OIT ⁽¹⁴⁷⁾ — interpretó la nota como una renuncia explícita al mecanismo de de aplicación limitada de los convenios previsto en el artículo 35 de la Constitución en relación con los territorios coloniales. Por un golpe de efecto colonial, los territorios « previously regarded as non-metropolitan territories » pasaban a convertirse en parte del « whole national territory » ⁽¹⁴⁸⁾.

Sobre la base de la aceptación explícita de la posición portuguesa, la OIT supervisó la aplicación del Convenio No. 107 en las colonias portuguesas por más de una década. Los diferentes informes presentados por Portugal ante los órganos de control normativo de la organización durante este periodo constituyen preciosos documentos de historia tardocolonial que pretenden demostrar la completa adecuación de las prácticas coloniales portuguesas a los estándares del convenio. El esfuerzo revela la cara más colonial del Convenio, el encuentro entre el colonialismo y el indigenismo ⁽¹⁴⁹⁾.

de traducir el portugués « indígena » por « native », y de traducir « indigenous » en el sentido del Convenio por « aborígen » o « autóctono. » en portugués.

⁽¹⁴⁶⁾ “Convention No. 107: Portugal”, nota preparada para la sesión de la Comisión de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo de 1972. Archivos históricos de la OIT, ACD 8/2/51/107.

⁽¹⁴⁷⁾ Sobre la historia, composición y funciones de la Comisión de Expertos de la OIT en Aplicación de Convenios y Recomendaciones del Trabajo, *vid.* E. HAAS, *Beyond the Nation-State*, cit., pp. 255-259. OIT, *Manual de Procedimientos sobre Normas Internacionales del Trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1995, párrs. 52-58.

⁽¹⁴⁸⁾ *Vid.* I.L.O., *Report of the Committee of Experts 1962*, cit., p. 284 (« [A]ll Conventions ratified by Portugal must henceforth, in the absence of any contrary provisions in the individual Conventions themselves, be applied without modification to the whole national territory, including those parts which were previously regarded as non-metropolitan territories »).

⁽¹⁴⁹⁾ El Gobierno portugués describiría la consonancia del Convenio No. 107 con su propia política colonial en los términos siguientes: « A nossas formulas e soluções — ainda que, por vezes, mal aplicadas, são as que se adoptam em todos os países livres onde existe un problema de integração de populações (nomeadamente nos países da América do Sul), e, há bem poucos anos, a Organização Internacional do Trabalho, chamado a aprovar esta convenção sobre a protecção e integração das

La ratificación del Convenio No. 107 por Portugal constituía por supuesto un asunto de gran sensibilidad política, en un contexto internacional marcado precisamente por los avances del proceso de descolonización bajo el impulso de Naciones Unidas. Varias resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas incluyeron a las ‘provincias de ultramar’ portuguesas dentro de la lista de ‘territorios no autónomos’ en el sentido del Capítulo XI de la Carta, lo que determinaba la obligación del gobierno portugués de someterse al mecanismo de presentación de informes ante el Consejo de Administración Fiduciaria, en los términos previstos en las resoluciones de la Asamblea General ⁽¹⁵⁰⁾. En este contexto, la posición de la OIT comenzaba a verse como una legitimación del colonialismo portugués.

La Oficina Internacional del Trabajo hizo frente a estas acusaciones con argumentos pragmáticos y legalistas que, en último término, no dejaban favorecer las posiciones portuguesas. El secretariado articuló el argumento de que la supervisión de la aplicación del Convenio No. 107 en el caso de Portugal cumplía con los mismos objetivos del sistema de administración fiduciaria establecidos en la Carta de Naciones Unidas: el disciplinamiento de la práctica colonial a través de una serie de estándares internacionales y la fiscalización internacional de la aplicación de estos estándares.

A principios de los años setenta, la denuncia internacional de

populações aborígenes nos países independentes (nº 107), não fez mais do que seguir a par e passo, e apenas com algumas variantes de pormenor, o que entre nós estava legislado [...]. Foi exactamente da sábia e oportuna conjugação desses dois factores — respeito pelos usos e costumes locais e vincando propósito de assimilação — que resultam a harmoniosa sociedade multirracial que se contém nos limites do território português e que constituiu um dos maiores serviços jamais prestados à dignificação do homem». *Informe Anual del Gobierno de Portugal sobre la Aplicación del Convenio No. 107*, 1966, p. 5. Archivos históricos de la OIT, ACD 8/2/51/107.

⁽¹⁵⁰⁾ Vid., Resolución 1541 (XV), cit., (estableciendo los principios que deben regir para determinar si existe o no la obligación de presentar informes en virtud del art. 73.e de la Carta); *Transmisión de información en virtud del inciso e del Artículo 73 de la Carta*, Resolución 1542 (XV), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, 15 de diciembre de 1960 (recordando a Portugal la obligación de transmitir información al Consejo de Administración Fiduciaria sobre la situación de sus territorios coloniales).

la posición de la OIT cobró un nuevo énfasis. En 1971, consagrado como Año Internacional de la Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas solicitó a las agencias especializadas y al resto de las organizaciones de Naciones Unidas « to discontinue all collaboration with the Governments of Portugal and South Africa as well as with the illegal régime in Southern Rhodesia » ⁽¹⁵¹⁾. Un año más tarde, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) expresaba su preocupación por el hecho de que « some [...] organisations had not yet discontinued all collaboration with the Governments of Portugal and South Africa » ⁽¹⁵²⁾. La referencia implícita a la OIT era ineludible. Mientras tanto, detrás del telón, la presión política internacional inflingida sobre la organización terminó por erosionar la seguridad del Secretariado ⁽¹⁵³⁾.

En 1972, más de una década más tarde de la ratificación del Convenio No. 107 y en plena guerra por la independencia en los territorios coloniales portugueses en África, la OIT comenzaría a reconsiderar su posición inicial, siempre bajo la presión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, convertida ya en el foro por excelencia de las demandas del entonces Tercer Mundo. Siguiendo el ejemplo de la Resolución de la Asamblea General sobre Angola, Mozambique y Bissau ⁽¹⁵⁴⁾, la Conferencia Internacional del Trabajo declaró solemnemente que « in the territories

⁽¹⁵¹⁾ Resolución 2874 (XXVI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, 8 de diciembre de 1971, párr. 6.

⁽¹⁵²⁾ *Measures taken by ECOSOC concerning the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, Resolución del Consejo Económico y Social, ECOSOC Res. E/5187, 1972, párr. 10.

⁽¹⁵³⁾ Algunos sectores de la burocracia de la OIT comenzaron a apuntar que la aplicación del Convenio No. 107 en los territorios coloniales de Portugal, « as if they were integral part of Portugal », podía implicar un reconocimiento implícito o explícito del dominio colonia. Se empezaba a plantear la cuestión: ¿era posible hablar de 'integración' en este contexto? "The application of ILO Conventions to territories under Portuguese Administration. Additional Note", p. 2. Nota preparada para la sesión de la Comisión de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo de 1972, sin fecha, Archivos históricos de la OIT, ACD 8/2/51/107.

⁽¹⁵⁴⁾ Resolución 2795 (XXVI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1971, preámbulo.

improperly administered by it Portugal is pursuing a policy which...consist of oppression by a racial minority of a majority of the population and that such oppression brings about death, shame, humiliation and the destruction of the cultural component which form an essential part of human life » (155). Dos años más tarde, el informe anual de la Comisión de Expertos excluyendo formalmente a los territorios ultramarinos ‘bajo administración’ portuguesa del ámbito de la aplicación del convenio (156). Tan tarde como en 1974, el término ‘indígena’ abandonaba finalmente su carga colonial.

7. *Epílogo postcolonial: del derecho colonial a los derechos indígenas.*

La ratificación por el Convenio No. 107 por Portugal ponía punto y final a la larga historia que vincula a la Organización Internacional del Trabajo con el colonialismo. Este artículo ha analizado los orígenes y evolución de esta historia que, hundiendo sus raíces en nociones de tutela presentes en los primeros intentos de internacionalización del colonialismo a finales del siglo XIX, desembocará en la década de los 1940 y 1950 en el ambicioso proyecto de elaborar un *corpus* jurídico destinado a disciplinar las

(155) Resolution Concerning the Policy of Colonial Oppression, Racial Discrimination and Violation of Trade Union Rights pursued by Portugal in Angola, Mozambique and Guinea (Bissau), en I.L.C., *International Labour Conference*, 56th Session (Geneva, 1956): Record of Proceedings, Geneva, International Labour Office, 1972, p. 707.

(156) La posición formal de la organización se expresaría en los términos siguientes: « The Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (No. 107) applies [...] to tribal or semi-tribal population in independent countries [...]. In the light of all relevant elements, including the resolutions adopted in this respect by certain organs of the United Nations Organisation, it appears that the only part of territory under Portuguese administration which can be considered to have the status of an independent territory within the meaning of the Indigenous and Tribal Populations Convention is metropolitan Portugal, and that the Committee is therefore not called upon, in the case of this Convention, to examine the situation in any other territory under Portuguese administration ». I.L.O., *International Labour Conference*, 58th Session (Geneva, 1974): *Report of the Committee of Experts on Application of Conventions and Recommendations. Report III (Part II): Individual Observations*, Geneva, International Labour Office, 1974 p. 188 (énfasis en el original).

peores formas de explotación colonial y servir de guía a la ‘civilización’ de las poblaciones sometidas al colonialismo formal, con el efecto último de legitimación de la continuidad colonial. El Código Colonial de la OIT es así un recordatorio de las formas de colaboración histórica entre el derecho internacional y el colonialismo, de los estrechos vínculos genéticos que los unen y de la persistencia de estos vínculos hasta bien entrado el siglo XX, y de su inquietante compatibilidad con los discursos normativos que fundan el sistema internacional contemporáneo. Pero el Código Colonial también es la simiente de la aparición de un régimen específico destinado a la protección internacional de los pueblos ‘indígenas’, del que el Convenio No. 107, y su sucesor, el Convenio No. 169, representan hitos fundamentales. La OIT, la organización colonial por excelencia, es ahora un referente ineludible en la lucha contemporánea de estos pueblos por la defensa de sus derechos.

El Convenio N° 107 hubiera entrado a formar parte de los anaqueles históricos de la OIT si no fuera por la *rentré* de la cuestión indígena en la escena internacional a partir de finales de los años 1970, debida en parte a la movilización sin precedentes de las organizaciones indígenas y de sus grupos de apoyo ⁽¹⁵⁷⁾. El

⁽¹⁵⁷⁾ Suelen señalarse dos puntos de partida de la efervescencia de la cuestión indígena de Naciones Unidas. Uno de ellos es la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de 1971 comisionando la realización de un estudio sobre el “problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”, Resolución 1589 (L) del Consejo Económico y Social, 21 de mayo de 1971, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 50° período de sesiones, Suplemento N. 1, Doc. O.N.U. E/5044 (1971), p. 16. El estudio, conocido como el Informe Martínez Cobo tuvo un proceso de gestación de más de una década. *Vid.* Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la O.N.U, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, Doc. O.N.U. E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Addenda 1-4 (1986). El segundo punto de referencia es la celebración en 1977 de la Conferencia Internacional de Organizaciones No Gubernamentales sobre la Discriminación de las poblaciones Indígenas en América, en Ginebra, el eslabón de una cadena de esfuerzos organizativos de los pueblos indígenas y sus grupos de apoyo durante décadas. La conferencia logró reunir los apoyos políticos para la decisión del Comité de Derechos Humanos de establecer un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas vinculado a la entonces Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones (ahora Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos). Desde sus inicios, las reuniones anuales del Grupo de Trabajo se convirtieron en un foro internacional donde organizaciones indígenas de todo el mundo hicieron oír sus demandas. Sobre los

movimiento indígena recordaría al sistema internacional que las consecuencias del colonialismo persisten a pesar de la descolonización, reivindicando el derecho a la autodeterminación como punto central de sus aspiraciones ⁽¹⁵⁸⁾. Las demandas indígenas supieron conjugarse con las categorías del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas, y comenzó a hablarse de un catálogo específico de ‘derechos de los pueblos indígenas’, de ‘derechos indígenas’ en el derecho internacional. Con la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU, estas demandas se concretaron en la idea de un instrumento internacional sobre estos derechos ⁽¹⁵⁹⁾.

En este contexto de efervescencia de la cuestión indígena en Naciones Unidas que los ojos volvieron a posarse sobre el Convenio No. 107 de la OIT, para entonces el único instrumento internacional sobre pueblos indígenas. A pesar de sus nimios efectos en la práctica, su carga asimilacionista y su descrédito por las culturas indígenas convertían al convenio en un símbolo negativo de la

orígenes y procedimientos del Grupo de Trabajo de la Subcomisión, *vid.* D. SANDERS, *The UN Working Group on Indigenous Populations*, « Human Rights Quarterly », XI, 1989, pp. 406-433. Sobre el surgimiento y configuración actual del movimiento indígena internacional, véase A. BRYSK, *From Tribal Village to Global Village: Indian Rights and International Relations in Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 2000. R. NIEZEN, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, Berkeley y Londres, University of California Press, 2003; F. WILMER, *The Indigenous Voice in World Politics*, London y Nueva Delhi, Newbury Park, 1993.

⁽¹⁵⁸⁾ Para una discusión sobre el derecho de la autodeterminación aplicado a los pueblos indígenas, *vid.* Anaya, *Los pueblos indígenas*, cit., caps. 3-4.; C. IORNS, *Indigenous Peoples and Self-Determination: Challenging State Sovereignty*, « Case Western Res. Journal of International Law », XXIV, 1992, 2, pp. 199-348; M.C. LÂM, *Making Room for Peoples at the United Nations: Thoughts Provoked by Indigenous Claims to Self-Determination*, « Cornell International Law Journal », XXV, 1992, 4, pp. 603-622; G. T. MORRIS, *In Support of the Right of Self-Determination for Indigenous Peoples under International Law*, « German Yearbook of International Law », XXIX, 1986, pp. 277-316; M. E. TURPELL, *Indigenous Peoples' Rights to Self Determination: Recent International Legal Developments and the Continuing Struggle for Recognition*, « Cornell International Law Journal », XXV, 1992, pp. 579-621.

⁽¹⁵⁹⁾ *Vid.* Resolución 1982/34 del Consejo Económico y Social (7 de mayo de 1982), párr. 2 (encargando al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas el objetivo de desarrollar nuevos estándares internacionales en relación con los pueblos indígenas).

privación de derechos de la que han sido víctimas estos pueblos a través de la historia, con el imprimátur del derecho internacional. Será entonces la propia OIT qua comience a despertarse de un letargo de décadas, comenzando a reivindicar, frente a la intrusión del sistema de Naciones Unidas, su histórico papel de liderazgo en la protección internacional de los ‘trabajadores indígenas’. Se comienza a espolvorear el ‘Código Colonial’ ⁽¹⁶⁰⁾.

La concreción del proyecto de elaboración de un instrumento sobre derechos indígenas por Naciones Unidas sería la espoleta definitiva del proceso de revisión del Convenio No. 107, en el marco de una organización movida más por consideraciones de competencia interinstitucional que por un verdadero interés institucional ⁽¹⁶¹⁾. El producto de este proceso es el Convenio No. 169 de la OIT, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo

⁽¹⁶⁰⁾ El proceso de revisión del Convenio No. 107 impulsa la recreación de una historia oficial que quiere retrotraer el trabajo de la organización en defensa de los “derechos indígenas” al Código Colonial: « Since its creation in 1919, the I.L.O. has been concerned with the situation of *indigenous and tribal* populations. It undertook studies as early as 1921 on the situation of indigenous workers, and in 1926 the Governing Body established a Committee of Experts on Native Labour to formulate international standards for the protection of *indigenous* workers. The work of this Committee served as the basis for the adoption of a number of Conventions, including the Forced Labour Convention, 1930 (N° 29), as well as others Conventions more directly concerned with *indigenous* workers ». I.L.O., *International Labour Conference, LXXV Session (1988): Partial Revision of the Indigenous and Tribal Populations Convention, 1957 (N° 107), Report VI(1)*, Geneva, International Labour Office, 1987, p. 3. (énfasis añadido).

⁽¹⁶¹⁾ Los archivos históricos de la OIT son testigos silenciosos de las razones de competencia interinstitucional que llevaron a determinados sectores de la Oficina Internacional del Trabajo a defender la competencia histórica de la organización a través del salto adelante de la revisión del Convenio No. 107. *Vid.* e.g. Memorandum, de I. LAGREGREN a N. VALTICOS, 4 de septiembre de 1975, Archivos históricos de la OIT, CL 51(1); L. SWEPSTON, “Further note on the question ILO/UN relations on indigenous populations”, Memorandum, 29 de febrero de 1984. Archivos Históricos de la OIT, ACD 4/107(2) (defendiendo el sistema normativo de la OIT frente a la pretendida ineficacia de los instrumentos de derechos humanos de la ONU). L. SWEPSTON, “Revision of Convention No. 107: Relation with other organisations”, Memorandum, 29 de octubre de 1984, p. 1. Archivos históricos de la OIT, ACD 4/107 (2) (planteando la revisión del Convenio No. 107 como una medida transitoria en tanto en cuanto Naciones Unidas aprobara una convención sobre los derechos de los pueblos indígenas).

en 1989. El nuevo convenio refleja un consenso internacional sobre las normas sustantivas del nuevo régimen internacional de derechos indígenas en aspectos de importancia fundamental para los pueblos indígenas, dentro de una sensibilidad multicultural por el reconocimiento de sus culturas e identidades diferenciadas ⁽¹⁶²⁾.

El Convenio No. 169 entró en vigor en 1991 y a partir de este momento ha jugado un papel fundamental no sólo en la articulación del régimen contemporáneo de derechos indígenas, sino, lo que es más importante, en la transformación de los ordenamientos jurídicos e institucionales de los países con población indígena, convirtiéndose en un instrumento que se ha demostrado eficaz para avanzar las demandas de estos pueblos frente a los estados en los que viven ⁽¹⁶³⁾. En estos países, pero incluso en aquellos países que no han ratificado el instrumento, el convenio se convirtió en una referencia ineludible en los procesos de reconocimiento constitucional o legislativo de los derechos indígenas, procesos que han dado lugar a lo que se ha conocido como el modelo de ‘constitu-

(162) En los términos del Convenio, « Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectivamente como individualmente ». Convenio No. 169, cit., art. 5 (a). Estos principios se articulan en relación con dimensiones específicas de la existencia colectiva de estos pueblos, incluido el derecho indígena y los sistemas indígenas de control social (arts. 8.2, 9.1), la consulta y la participación respecto a procesos que les afecten de forma directa, incluida la explotación de los recursos naturales (arts. 6.1, 7, 15.2) y los derechos sobre sus tierras y territorios, incluyendo los recursos existentes en los mismos (arts. 13-16). Para distintas perspectivas sobre el Convenio No. 169, véase S. J. ANAYA, *Indigenous Rights Norms in Contemporary International Law*, « Arizona Journal of International and Comparative Law », VIII, 1991, pp. 6-15; R. BARSH, *An Advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples*, « Oklahoma City University Law Review », XV 1990; N. LERNER, *The 1989 ILO Convention on Indigenous Populations: New standards? in The Protection of Minorities and Human Rights*, editado por Y. Dinstein y M. Tabor, London, Martinus Nihjof, 1992; L. SWEPSTON, *A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989*, « Oklahoma City University Law Review », XV, 1990; S. VENNE, *The New Language of Assimilation: A Brief Analysis of ILO Convention No. 169*, « Without Prejudice », LIII, 1990.

(163) A fecha actual, la lista de estados que han ratificado el Convenio N° 169, y para los que el convenio es vinculante desde el punto de vista jurídico-formal, es la siguiente: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Países Bajos, Paraguay, Perú, Venezuela.

cionalismo multicultural' (164). La influencia del Convenio ha superado sin duda las ambiciones que llevaron a la OIT a plantear la revisión del anterior convenio, e irónicamente los motivos que llevaron a la organización a tomar esta decisión han perdido vigencia (165). Ello hace del Convenio, en términos formales, el instrumento jurídico más avanzado dentro del régimen internacional sobre derechos indígenas (166). La OIT es un testigo excepcional

(164) Sobre la articulación del modelo de 'constitucionalismo multicultural' en América Latina, véase D. L. VAN COTT, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburg, Pittsburg University Press, 2000, pp. 262-265, 271-273. Véase también, en general, *El reto de la diversidad: pueblos indígenas y reforma del estado en América Latina*, editado por W. Assies, G. Van der Haar y A. Hoekema, México, El Colegio de Michoacán, 1999; *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, editado por Rachel Sieder, Basingtoke y New York, Palgrave, 2002.

(165) Enfrascada en una mezcla de incomprensión y esencialismo de parte estatal e indígena, la discusión sobre el proyecto de declaración de Naciones Unidas todavía continúa en el seno de un Grupo de Trabajo *ad hoc* de la Comisión de Derechos Humanos Tras ser aprobado por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y su órgano matriz, la entonces Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, el Proyecto de Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas está siendo discutido por un grupo de trabajo *ad hoc* de la Comisión de Derechos Humanos, integrado por representantes de los estados y de los pueblos indígenas, que hasta la fecha ha conseguido consensos muy limitados sobre el texto definitivo. *Vid.* Resolución de la Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1995/32 de 3 de marzo de 1995. El texto del proyecto de declaración se encuentra en el documento *Informe del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas acerca de su 11º período de sesiones*. Doc. O.N.U. E/CN.4/Sub.2/1993/29, Anexo 1 (1993).

(166) Entre los acontecimientos recientes en las normas y procedimientos relativos a los pueblos indígenas en el marco del sistema internacional de derechos humanos, cabe destacarse la creación del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, dependiente del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, *vid.* Resolución E/RES/2000/22, del Consejo Económico y Social (28 de julio de 2000), y el establecimiento del puesto de Relator Especial sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, dependiente de la Comisión de Derechos Humanos, *vid.* Resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos, Doc. O.N.U. E/CN.4/DEC/2001/57 (24 de abril de 2001). El sistema interamericano ha asistido a un desarrollo espectacular en el número de casos relativos específicamente a los derechos indígenas, incluido el caso *Awas Tingni* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Vid.* S. J. ANAYA y C. GROSSMAN, *El Caso Awas Tingni vs. Nicaragua: Un nuevo paso en el Derecho internacional de los pueblos indígenas*, en *El caso Awas Tingni v. Nicaragua: Nuevos horizontes en la defensa de los derechos humanos de*

del auge y caída de un orden normativo internacional que sancionó la explotación colonial en nombre de principios de humanidad. Llamada a disciplinar las peores formas de explotación del ‘trabajo indígena’, el Código Colonial es un capítulo más de la larga historia de colaboración entre el derecho internacional y el colonialismo. Y también de la extraña *hibridad* de sus secuelas. ‘Indígena’, una categoría del nomenclátor colonial, termina convirtiéndose en el elemento central de un discurso de derechos. Un discurso que cuestiona las secuelas todavía vivas del colonialismo y que, con independencia de sus limitaciones, está generando cambios profundos en la estructura y práctica del orden postcolonial.

los pueblos indígenas, editado por F. Gómez Isa, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003. Para un análisis completo de los últimos avances en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos relativa a los pueblos indígenas véase ANAYA, *Los pueblos indígenas*, cit., caps. 6 y 7.

FLORENCE RENUCCI

LA STRUMENTALIZZAZIONE DEL CONCETTO DI CITTADINANZA IN LIBIA NEGLI ANNI TRENTA

1. Una cittadinanza coloniale con diritti limitati. — 1.1. La gerarchia degli statuti. — 1.2. La perdita del contenuto della cittadinanza. — 2. Isolare i nativi libici all'interno di una cittadinanza coloniale. — 2.1. Il pretesto dello statuto personale. — 2.2. Le motivazioni ideologiche.

Questa ricerca si interessa essenzialmente al contenuto giuridico e alla strumentalizzazione della cittadinanza coloniale in Libia negli anni Trenta. La dottrina, la legislazione e taluni documenti d'archivio sono particolarmente illuminanti su questo tema.

I decreti italiani dei 1° giugno e 31 ottobre 1919 ⁽¹⁾ furono i primi testi importanti sulla cittadinanza coloniale per la Tripolitania e la Cirenaica. Questi testi possedevano una doppia ispirazione. Da una parte, i nativi libici potevano acquistare la cittadinanza italiana *pleno jure*, si nota quindi l'applicazione del principio dell'assimilazione. Le condizioni richieste si ispiravano visibilmente alla legge del 4 febbraio 1919 ⁽²⁾ sulla cittadinanza in Algeria ⁽³⁾. D'altra parte, i decreti italiani optavano per una soluzione originale: la

⁽¹⁾ Regio Decreto (R.D.) 1° giugno 1919 che approva le norme fondamentali per l'assetto della Tripolitania, n. 931, in *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia*, 1919, v. 2, pp. 1844-1852 et R.D. 31 ottobre che approva le norme fondamentali per l'assetto della Cirenaica, n. 2401, *ivi*, vol. 6.1, pp. 5702-5712. A proposito della definizione della 'sudditanza' e della 'cittadinanza' nelle colonie italiane, v. E. CAPUZZO, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana dell'età liberale*, in « Clio », 1995, 1, pp. 65-95.

⁽²⁾ *Journal Officiel (J.O.)*, 6 février 1919, pp. 1358-1359.

⁽³⁾ V. F. RENUCCI, *L'accession des indigènes à la citoyenneté entre assimilation et réformisme: les mesures légales prises par l'Italie et la France en 1919*, in *Actes du colloque « Sujet et citoyen »*, (Lyon, 11-12 septembre 2003), Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence (P.U.A.M.), 2004, pp. 393-420.

creazione di una cittadinanza coloniale che includeva dei diritti politici abbastanza notevoli. Permetteva di godere di un diritto elettorale attivo e passivo. I due parlamenti creati possedevano soprattutto un potere di gestione locale. Inoltre, i testi prevedevano l'uguaglianza di fronte alla legge dei cittadini coloniali e dei cittadini metropolitani.

La legge del 26 giugno 1927 n. 1013 modificava taluni provvedimenti dei decreti del 1919: i parlamenti locali e il sistema elettorale erano aboliti. L'uguaglianza di fronte alla legge dei cittadini italiani di Tripolitania e di Cirenaica e dei cittadini metropolitani (articolo 4 degli statuti del 1919) era sostituita dall'uguaglianza dei cittadini coloniali tra di loro (articolo 35 della legge del 1927). La dottrina fascista percepiva in questi provvedimenti una rottura netta tra la politica liberale e la politica del nuovo regime ⁽⁴⁾.

In realtà, questa rottura non era totale. Certi aspetti della politica coloniale come per esempio il rispetto della religione e dello statuto personale dei nativi furono conservati. Anche se esistono somiglianze tra il vecchio ordinamento e il sistema nato nel 1922, la politica giuridica fascista in Libia, si caratterizza essenzialmente a partire dagli anni Trenta con un doppio obiettivo: togliere i diritti legati alla cittadinanza coloniale e isolare il nativo all'interno del proprio statuto.

1. *Una cittadinanza coloniale con diritti limitati.*

La cittadinanza coloniale era in primo luogo un mezzo di gerarchizzare i vari gruppi nelle colonie. Il diritto coloniale ha sempre 'beneficiato' tanto in Italia quanto in Francia di questo modo d'organizzazione intellettuale. I più civilizzati erano i più meritevoli e ciò condizionava i loro diritti politici. Il governo fascista preservava questo sistema e nello stesso tempo aboliva a

⁽⁴⁾ «È soppresso il sistema rappresentativo elezionista ed autonomista degli statuti del 1919, ed è restaurato in pieno il principio della sovranità dello Stato, dell'unità del comando e della libertà di decisione ed azione degli organi metropolitani nella colonia» (G. AMBROSINI, *Lo statuto dei nativi dell'Algeria e della Libia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. III, p. 324).

poco a poco tutti i diritti politici legati allo *status* di cittadino coloniale.

1.1. *La gerarchia degli statuti.*

I decreti dei 1° giugno e 31 ottobre 1919 abrogavano la condizione di sudditanza in Tripolitania e in Cirenaica, ma non in Eritrea e in Somalia. In questo modo, una prima gerarchizzazione si faceva tra colonie. Poteva pure esistere all'interno del territorio coloniale, per esempio tra sudditi israeliti e sudditi musulmani.

All'apice di questa gerarchia si trovavano, se si prende in considerazione soltanto i nativi italiani, i cittadini libici denominati prima « cittadini italiani di Tripolitania e di Cirenaica » (1919), poi « cittadini italiani libici » (1927) e infine « cittadini italiani libici speciali » (decreto-legge del 9 gennaio 1939 n. 70).

Questa continuità tra il periodo liberale e il periodo fascista fu evidenziata più volte. Enrico Cibelli notava nel 1930 che « il linguaggio usato a proposito degli indigeni della Libia era stato anche prima, diverso del linguaggio scelto per le popolazioni delle altre colonie » ⁽⁵⁾. La condizione di cittadino coloniale gli pareva più degna della condizione di suddito coloniale. Ci vedeva « un vero grado intermedio tra la condizione di cittadino italiano e quella di straniero » ⁽⁶⁾.

Al vertice della gerarchia coloniale, i cittadini italiani delle isole del Mare Egeo erano, secondo Umberto Borsi ⁽⁷⁾, affiancati ai cittadini italiani libici. Secondo questo professore dell'Università di Bologna, la cittadinanza egea era una cittadinanza coloniale perché nessuna delle caratteristiche principali della cittadinanza metropolitana era prevista dal testo corrispondente vigente. Il decreto del 15 ottobre 1925 n. 1854 convertito nella legge del 16 aprile 1926 n. 1139 dichiarava che gli egei conservavano il loro statuto personale e erano esenti del servizio militare obbligatorio. Di fronte al

⁽⁵⁾ E. CIBELLI, *Sudditanza coloniale e cittadinanza italiana libica*, Napoli, Libreria Dentken e Rocholl, 1930, p. 53.

⁽⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁾ U. BORSI, *Corso di diritto coloniale*, Padova, Cedam, 1932, p. 225.

silenzio della legge, l'autore concludeva che i nativi non avevano la possibilità di acquistare la piena cittadinanza (8).

Qualche anno dopo Borsi (9), modificava le sue prime conclusioni. Spiegava il proprio cambiamento dalla legge del 4 gennaio 1934 n. 31 che offriva la possibilità agli egei di ottenere la piena cittadinanza italiana sia con decreto reale, sia con la prestazione del servizio militare, al quale i volontari erano ammessi per loro domanda, ma dopo il parere del Governatore (10). L'intenzione del legislatore era, secondo Borsi, di rimediare al vuoto giuridico creatosi col decreto del 15 ottobre 1925, ma anche di distinguere nettamente la cittadinanza egea dalla cittadinanza libica secondo un criterio che fu teorizzato in seguito da uno studio di Salvatore Villari (11): « [Queste disposizioni rivelano] il proposito del legislatore di considerare gli egei diversamente dai libici. Infatti, mentre la cittadinanza di questi è qualificata 'cittadinanza italiana libica' ed espressamente distinta dalla cittadinanza metropolitana, quella degli altri è chiamata 'cittadinanza italiana' *sic et simpliciter*, senza di-

(8) Ivi, p. 227. V. anche: V. ALHADEFF, *L'ordinamento giuridico di Rodi e delle altre isole italiane dell'Egeo*, Milano, Istituto editoriale scientifico, 1927, p. 69. Quest'omissione si spiegava, secondo Bertola, per motivi politici (A. BERTOLA, *Confessione religiosa e statuto personale dei cittadini italiani dell'Egeo e libici*, in « Rivista di Diritto Pubblico », 1934, p. 104).

(9) U. BORSI, *Cittadinanza e sudditanza coloniale nell'ordinamento odierno*, in *Atti del terzo congresso di studi coloniali* (12-17 aprile 1937, Firenze), II sezione (Giuridica), Firenze, Sansoni, 1937, vol. III, pp. 57-67.

(10) Qualche anno prima, le autorità coloniali volevano già offrire agli egei una cittadinanza non-coloniale. V. il disegno di legge sulla cittadinanza presentato al Senato il 7 marzo 1930. La relazione indicava: « L'art. 5, nuovo anch'esso, attribuisce la piccola cittadinanza ai cittadini delle isole italiane dell'Egeo, pur conservando ad essi lo statuto personale. Ai medesimi può esser poi concessa la cittadinanza comprendente il godimento dei diritti politici, con decreto reale, udito il Governatore delle isole e su parere favorevole del Consiglio di Stato ». « Relazione, s.l.n.d. », Archivio del Ministero dell'Africa Italiana (A.S.M.A.I.), Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », p. 4).

(11) V. S. VILLARI, *La condizione giuridica delle popolazioni coloniali (la cittadinanza adiectitia)*, Roma, Casa editrice Ulpiano, 1939. Secondo quest'autore esistevano due tipi di cittadinanza nel diritto italiano: la cittadinanza (piena cittadinanza italiana e « piccola cittadinanza ») e la cittadinanza coloniale. Quest'ultima (chiamata cittadinanza « adiectitia ») era divisa in cittadinanza *adiectitia* propria (cittadini italiani libici) e in cittadinanza *adiectitia* impropria (sudditi dell'A.O.I.).

stinzione dalla metropolitana, donde può arguirsi che la prima è coloniale e la seconda non lo è » (12).

Borsi sembrava condividere in questo modo l'idea della natura non-coloniale della cittadinanza egea già evidenziata dal professore dell'Università di Torino, Arnaldo Bertola (13). Quest'ultimo insisteva, al contrario di Borsi, sulle somiglianze tra la cittadinanza egea e la cittadinanza libica, ma tutti e due gli autori erano concordi sulla superiorità o la maggior elasticità (14) della prima sulla seconda dopo il 1934 a proposito delle condizioni d'acquisto della piena cittadinanza (15).

Uno scambio epistolare all'interno del Ministero delle Colonie mostrava la volontà esplicita dei membri di questo Ministero di escludere i cittadini libici e i sudditi coloniali del vantaggio che doveva essere concesso agli egei. Una lettera datata 9 gennaio 1930 descriveva i passi realizzati in questo modo:

« Mi prego informare codesto On. Gabinetto che, secondo le istruzioni ricevute dai Sigg. Direttori Generali dell'Africa Settentrionale e dell'Africa Orientale, ho tenuto fermo nella discussione avvenuta, il punto di vista espresso nella lettera di S.E. il Ministro al Guardasigilli, in data 9 dicembre u/s, circa la necessità di escludere esplicitamente dall'applicazione della nuova legge i cittadini libici e i sudditi coloniali. La Commissione Interministeriale ha completamente accettato tale punto di vista [...] » (16).

(12) BORSI, *Cittadinanza e sudditanza coloniale nell'ordinamento odierno*, cit., p. 59.

(13) A. BERTOLA, *La cittadinanza italiana nelle Isole egee*, in « Rivista Coloniale », 1926, p. 11. Per certi autori, la cittadinanza egea non poteva essere coloniale poiché le isole del Mare Egeo non avevano lo statuto di colonie (v. BERTOLA, *Confessione religiosa e statuto personale dei cittadini italiani dell'Egeo e libici*, cit., p. 101).

(14) Ivi, p. 105.

(15) « Dalla cittadinanza senza il godimento dei diritti politici e senza l'obbligo del servizio militare l'egeo può passare alla cittadinanza piena anche mediante la semplice prestazione previamente autorizzata del servizio militare, mentre il libico per l'acquisto della cittadinanza metropolitana deve avere un complesso di requisiti fisici, morali, intellettuali, ecc.; ciò significa che in generale gli egei si considerano già in condizione d'idoneità alla piena cittadinanza, mentre dei libici soltanto una categoria selezionata si reputa in tale condizione e ne deriva logicamente una distinzione fra lo stato degli uni e quello degli altri » (BORSI, *Cittadinanza e sudditanza coloniale nell'ordinamento odierno*, cit., p. 59).

(16) « Lettera del Ministero delle Colonie al Gabinetto di S.E. il Ministro, Roma,

Un progetto prevedeva nel 1935 di dare diritti supplementari ai libici (musulmani e israeliti) e di riequilibrare in questo modo la situazione con gli egei. In una relazione datata dicembre 1935, Italo Balbo proponeva che il Governatore generale della Libia (cioè lui stesso ⁽¹⁷⁾!) avesse la facoltà per due anni di concedere la cittadinanza italiana ai cittadini libici i quali la potevano chiedere solo secondo condizioni precise ⁽¹⁸⁾. Il cittadino libico doveva presentare una richiesta per aver diritto alla cittadinanza e rispondere ai criteri indicati dall'articolo 37 della legge del 1934: avere 21 anni, non essere poligamo e non avere precedenti penali. Inoltre, il richiedente doveva adottare la lingua italiana come lingua d'uso.

Questo progetto si differenziava quindi dalla legge del 1934 per il ruolo dato al Governatore generale nella concessione della cittadinanza e per l'assenza di certi requisiti come il grado d'istruzione e l'obbligo di soddisfare a una delle condizioni citate all'articolo 37 della legge del 1934 (per esempio, il servizio militare o il conseguimento di una decorazione). La procedura doveva essere in questo modo facilitata, ma ciò non significava che la domanda si concludeva necessariamente con l'ottenimento di una piena cittadinanza. Così, l'articolo 5 precisava che « la concessione del diritto di cittadinanza, ai termini di questo decreto, ha piena efficacia agli effetti della legge 13.6.1912 n. 555. Col decreto di concessione possono escludersi il godimento di diritti politici e l'obbligo del servizio militare » ⁽¹⁹⁾.

Questo provvedimento aveva chiaramente un obiettivo assimilatore ⁽²⁰⁾:

« Contenuto entro questi limiti ed applicato, per concorde

il 9 gennaio 1930 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », p. 1.

⁽¹⁷⁾ Italo Balbo fu governatore della Libia dal 1934 al 1940.

⁽¹⁸⁾ V. « Lettera del Governatore della Libia Balbo al Capo del Governo, Tripoli, l'11 dicembre 1935 », A.S.M.A.I., Affari politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », pp. 1-2.

⁽¹⁹⁾ « Relazione della Direzione Generale Africa Settentrionale intitolata 'Concessione della cittadinanza metropolitana ai sudditi libici', s.l., il 10 aprile 1937 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », p. 4.

⁽²⁰⁾ Si trattava di una politica d'assimilazione limitata ad un gruppo preciso in seno alla popolazione indigena.

intendimento del Ministero e del Governatore Generale con opportuni criteri restrittivi, il provvedimento è ritenuto dal Governatore stesso un esperimento non inutile, diretto anche all'assimilazione della gioventù araba cresciuta nel nuovo clima portato dal Regime in colonia, per dimostrare concretamente che non si vogliono mantenere i sudditi coloniali in uno stato di indefinita soggezione, bensì ammetterli nella nostra comunità con pienezza di diritti » (21).

Per questo motivo, rimaneva un'eccezione della politica coloniale italiana di quest'epoca.

Il progetto fu modificato (22). Il Governatore poteva concedere la cittadinanza ma dopo il parere dei membri di una commissione che lui stesso nominava (articolo 4). Si trattava soltanto della concessione della piena cittadinanza poiché la 'piccola cittadinanza' era esclusa dal nuovo ordinamento (articolo 5). Le condizioni erano rimaste in sostanza quelle del progetto originale. L'articolo 2 precisava soltanto che l'interessato doveva dare la « garanzia di contribuire al mantenimento del buon nome e del prestigio italiano » (23).

Questo disegno di legge fu oggetto di molteplici scambi durante l'anno 1936. Tutto sommato, i più anziani documenti (aprile-giugno 1937) degli Archivi relativi a quest'ultimo prevedevano il suo abbandono (24).

(21) « Relazione per il Consiglio dei Ministri sullo schema di R.D.L. con il quale si modificano in via transitoria le norme per l'acquisto della cittadinanza italiana da parte di cittadini italiani-libici e cittadini e sudditi stranieri residenti in Libia, Roma, febbraio 1936 », A.S.M.A.I., Affari politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », p. 2.

(22) « Schema di R.D.L. concernente norme transitorie per la concessione della cittadinanza italiana a sudditi e cittadini stranieri residenti in Libia e ai cittadini italiani libici, Roma, s.d. », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », p. 2.

(23) *Ibid.*

(24) « Relazione della Direzione Generale Africa Settentrionale intitolata: 'Concessione della cittadinanza metropolitana ai sudditi libici', s.l., il 10 aprile 1937 », cit., p. 8; « Lettera del Ministro per l'Africa Italiana al Senatore Mariano d'Amelio, Primo Presidente della Corte di Cassazione, Roma, il 3 maggio 1937 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », 3 p.; « Lettera del Primo Presidente della Corte di Cassazione al Ministro per

Sembra che il governo generale della Libia abbia proposto un nuovo progetto ⁽²⁵⁾ nel 1938 ⁽²⁶⁾ che prevedeva una « naturalizzazione nello statuto » limitata alle terre italiane d’Africa. L’articolo 7 precisava: « i cittadini italiani libici che [hanno] acquistato la piena cittadinanza col mantenimento del proprio statuto [personale] godono in Libia e nelle altre terre italiane dell’Africa degli stessi diritti ivi spettanti ai cittadini italiani metropolitani » ⁽²⁷⁾. Però, il Direttore generale della Direzione degli Affari Politici del Ministero dell’Africa italiana fu nella sua relazione al Sotto-segretario di Stato molto critico nei riguardi di questo progetto. Egli rimproverava a questo progetto di non offrire nuovi diritti rispetto alla semplice cittadinanza italiana libica e di non rispondere alle aspettative dei nativi. Questi ultimi desideravano in realtà una « naturalizzazione nello statuto » capace di produrre effetti immediati sul territorio metropolitano. Secondo il Direttore generale, questo provvedimento poteva essere applicato a una minoranza.

l’Africa Italiana Alessandro Lessona, Roma, il 21 maggio 1937 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », 5 p.; « Lettera del Consiglio di Stato al Ministro per l’Africa Italiana Alessandro Lessona, Roma, il 30 giugno 1937, A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », 8 p.

⁽²⁵⁾ A proposito degli obiettivi politici d’Italo Balbo in Libia, v. I. BALBO, *La politica sociale fascista verso gli arabi della Libia*, in AA.VV., *L’Africa. Atti del Convegno di scienze morali e storiche*, promosso dalla Regia accademia d’Italia e dalla Fondazione A. Volta, Roma, 4-11 ottobre 1938, Roma, 1939 e G. BIASUTTI, *La politica indigena italiana in Libia. Dall’occupazione al termine del governatorato di Italo Balbo (1911-1940)*, Dottorato di Ricerca in Storia dell’Africa, Siena, pubblicazione del Centro Studi Popoli Extraeuropei ‘Cesare Bonacossa’, Università degli Studi di Pavia, 2004, pp. 286-299.

⁽²⁶⁾ Il progetto di Balbo non fu accettato dal Grande Consiglio. Quest’informazione è precisata da Claudio G. Segrè (C. G. SEGRÈ, *L’Italia in Libia dall’età giolittiana a Gheddafi*, Milano, Feltrinelli, 1978, p. 125 e dello stesso autore, *Italo Balbo* (1988), Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 398-399), Giorgio Rochat (G. ROCHAT, *Italo Balbo. Lo squadrista, l’aviatore, il gerarca* (1986), Torino, Utet, 2000, p. 263) e Angelo Del Boca (A. DEL BOCA, *Gli italiani in Libia. Dal fascismo a Gheddafi*, Milano, Mondadori, 2000⁴, p. 240).

⁽²⁷⁾ « Ministero dell’Africa Italiana (Direzione generale Affari Politici), Promemoria per S.E. il Sottosegretario di Stato, Roma, il 20 settembre 1938 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 2.

Purtroppo tutto ciò non sembrava realizzabile perché troppo lontano degli obiettivi della « politica attuale della razza » (28).

Un altro tipo di progetto così effimero concerne i sudditi eritrei e somali. Mussolini chiese nel 1939 (29) al Ministero dell'Africa Italiana di studiare la creazione di una cittadinanza coloniale per questi sudditi. Questa proposta fu probabilmente il risultato dell'agitazione in Africa Orientale e forse anche un modo di ringraziamento per l'aiuto militare durante la conquista dell'Etiopia.

Una prima relazione della Direzione Generale degli Affari Politici (Ministero dell'Africa Italiana (30)) corredata di un disegno di legge (31) e indirizzata al Sotto-segretario di Stato, raccomandava la creazione di una « cittadinanza italiana eritrea-somala » equivalente alla « cittadinanza italiana libica ». Questo provvedimento però, non risolveva l'origine del problema perché « il malcontento attuale degli Eritrei e dei Somali [derivava] non già dal fatto di essere chiamati 'sudditi' anziché 'cittadini' — ché la loro lingua non ha mai conosciuto la distinzione — ma da errori di governo e di tratto » (32).

Una seconda relazione della Direzione Generale degli Affari Politici (33) sviluppava lo stesso argomento. Il Direttore generale preferiva piuttosto che concedere una cittadinanza coloniale agli eritrei e ai somali dare vantaggi in materia d'impiego (secondo condizioni precise di profitto). I sudditi dell'Africa Orientale non ebbero quindi modo di elevarsi nella gerarchia degli statuti politici.

(28) Ivi, p. 3.

(29) V. « Appunto per la Direzione Generale degli Affari Politici, Roma, maggio 1939 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 288: « Sudditanza e cittadinanza 1939-1941 », p. 1.

(30) « Direzione generale degli Affari Politici. Promemoria per S.E. il Sottosegretario di Stato, Roma, maggio 1939 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 288: « Sudditanza e cittadinanza 1939-1941 », p. 4

(31) « Schema di legge per l'istituzione di una forma di cittadinanza a favore degli Eritrei e dei Somali, Roma, maggio 1939 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 288: « Sudditanza e cittadinanza 1939-1941 », p. 3.

(32) « Direzione generale degli Affari Politici. Promemoria per S.E. il Sottosegretario di Stato, Roma, maggio 1939 », cit., p. 4.

(33) « Direzione generale degli Affari Politici. Promemoria per S.E. il Sottosegretario di Stato, Roma, il 3 giugno 1939 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 288: « Sudditanza e cittadinanza 1939-1941 », p. 14.

Questo principio di gerarchizzazione era un'eredità del sistema coloniale liberale. Il periodo fascista ebbe, come il periodo precedente, movimenti contraddittori d'unificazione e di differenziazione all'interno di questa stessa gerarchia.

Dalla fine degli anni Venti in poi, gli statuti tesero a unificarsi. La legge del 24 giugno 1927 prevedeva una cittadinanza italiana libica associando la cittadinanza di Tripolitania e la cittadinanza di Cirenaica. Nello stesso ordine d'idea, il decreto-legge del 1° gennaio 1936 n. 1019 creava una sudditanza comune a tutta l'Africa Orientale Italiana ⁽³⁴⁾.

Tuttavia, il decreto-legge del 9 gennaio 1939 instaurava una « cittadinanza italiana speciale » senza abrogare la « cittadinanza italiana libica », ciò che moltiplicava il numero degli statuti.

Le giustificazioni evocate parallelamente per spiegare le differenze tra gli statuti — e le disparità di trattamento — si evolvevano in rapporto ai cambiamenti ideologici. Il periodo liberale riteneva essenziale le differenze di civiltà (usi, concezioni giuridica, politica e religiosa del mondo, ecc.). Questo criterio si ritrovava ancora durante il periodo fascista ⁽³⁵⁾ ma fu in gran parte sostituito col criterio della « razza » ⁽³⁶⁾. Gaspare Ambrosini vedeva in questo criterio la spiegazione dell'esclusione dall'accesso alla « cittadinanza speciale » in Libia di una categoria d'indigeni musulmani:

« [II] legislatore ha voluto favorire i libici musulmani in considerazione dell'assoluto attaccamento da essi dimostrato all'Italia, ma ha d'altra parte territorialmente limitato la concessione ai nativi (s'intende musulmani) delle quattro provincie in ragione della differenza sopra notata di razza e di civiltà che, malgrado la

⁽³⁴⁾ V. R. SERTOLI SALIS, *Sulla sudditanza dell'A.O.I.*, in « Rivista delle Colonie », 1936, pp. 1097-1103 e R. MONACO, *Caratteri della sudditanza dell'Africa Orientale Italiana*, in « Rivista di Diritto Pubblico », 1937, pp. 239-247.

⁽³⁵⁾ V. A. BERTOLA, *Confessione religiosa e statuto personale dei cittadini italiani dell'Egeo e libici*, cit., p. 104.

⁽³⁶⁾ A proposito del legame tra cittadinanza e razzismo in Italia, v. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, vol. IV: L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 282-306. I differenti razzismi nelle colonie italiane sono stati elencati da Nicola Labanca (N. LABANCA, *Oltremare. Storia dell'espansione coloniale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 411-421).

comunanza di religione, intercede tra essi e gli altri libici, pur ugualmente di religione musulmana, della zona del Sud » (37).

Il concetto di cittadinanza fu strumentalizzato per gerarchizzare le differenti popolazioni indigene. Al tempo stesso, il contenuto della cittadinanza, cioè i diritti dei nativi, non cessò di ridursi, mentre la propaganda presente nella dottrina affermava il contrario.

1.2. *La perdita del contenuto della cittadinanza.*

Il governo fascista aveva come i governi liberali a partire dal 1919 una politica filomusulmana. Essa si concretizzava in una propaganda intensiva che fu ripresa anche nei testi di dottrina. La concessione della cittadinanza speciale che manteneva i libici all'apice della gerarchia degli statuti giuridici coloniali fu, per esempio, presentata da Ambrosini come la manifestazione della « benevolenza » del governo nei confronti dei libici musulmani (38).

Abbiamo constatato precedentemente che la legge del 24 giugno 1927 conservava il termine di « cittadinanza » ai libici riducendo contemporaneamente i loro diritti politici e individuali. Il decreto-legge del 9 gennaio 1939 segna una nuova tappa in materia di cittadinanza. Questo decreto-legge creava una seconda cittadinanza coloniale libica, che comportava in teoria più diritti di prima, e modificava i diritti dei cittadini italiani libici. Questi ultimi non potevano più concorrere alle cariche militari nelle colonie.

Questo diritto era invece mantenuto ai nativi che accedevano alla « cittadinanza italiana speciale » (39). Ottenevano inoltre diritti

(37) AMBROSINI, *Lo statuto dei nativi dell'Algeria e della Libia*, cit., p. 336. V. anche R. SERTOLI SALIS, *Il nuovo statuto libico*, in « Il Diritto Fascista », 1938, p. 48.

(38) AMBROSINI, *Lo statuto dei nativi dell'Algeria e della Libia*, cit., p. 343.

(39) Questa cittadinanza non ebbe successo secondo il resoconto di Graziani: « Dall'emanazione del provvedimento a tutt'oggi sono stati concessi in tutta la Libia non più di 2500 brevetti di cittadinanza speciale (1.100 nella provincia di Tripoli, di cui oltre 300 a musulmani residenti nel capoluogo; 400 nella provincia di Misurata; 600 nella provincia di Bengasi e circa 400 nella provincia di Derna) [...] » (« Pro-memoria del Maresciallo d'Italia Rodolfo Graziani, Cirene, il 22 ottobre 1940 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 5). Secondo un documento del 1941, « le concessioni fatte negli anni scorsi ammontano a 2.669. » (« Appunto per il Duce, Roma, il 25 luglio 1941 »,

supplementari che rimanevano però limitati. Si trattava del diritto di portare le armi secondo le norme per la coscrizione militare; del diritto di essere iscritto all'associazione musulmana del Littorio che dipendeva direttamente dal P.N.F.; del diritto di accedere alla carriera militare nei reparti libici; del diritto di esercitare la carica di podestà nei comuni composti solo da popolazioni libiche e quella di consigliere nei comuni a popolazione mista; del diritto di avere funzioni direttive nelle organizzazioni sindacali menzionate all'articolo 3 e di essere chiamato a fare parte del Comitato corporativo della Libia e dei Consigli provinciali dell'economia corporativa.

Talune condizioni d'acquisto di questa cittadinanza speciale si avvicinavano alle condizioni previste per la cittadinanza metropolitana. Per beneficiarne, il nativo doveva presentare una domanda, poi soddisfare condizioni prestabilite. Queste condizioni erano molto vicine al testo del 1927. L'età richiesta era meno elevata nel secondo caso (18 anni contro 21 anni), la prova di un percorso scolastico era inutile e non era chiesto all'interessato di non essere poligamo.

Questa cittadinanza che rispettava lo statuto personale originario del nativo fu definita da Sertoli Salis come una «naturalizzazione nello statuto secondo la concezione italiana e fascista» (40). In realtà, si trattava soltanto di una cittadinanza coloniale alla quale erano attribuiti meno diritti della cittadinanza del 1919 e risultava anche molto più difficile da ottenere.

Presentata come un modello per la propaganda, questo provvedimento legale cercava di isolare ancora di più i nativi nel loro ambiente e di creare una gerarchia di statuti indipendente dal sistema metropolitano poiché ogni possibilità d'accesso alla piena cittadinanza era annichilita dall'articolo 8 del decreto-legge del 9 gennaio 1939. Del sistema autonomista liberale rimaneva soltanto l'idea di separazione tra l'entità coloniale e l'entità metropolitana. Tuttavia nel 1919, questa separazione non era per niente definitiva perché i nativi libici avevano la possibilità di acquistare la piena

A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: «Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943», p. 1).

(40) SERTOLI SALIS, *Il nuovo statuto libico*, cit., p. 47.

cittadinanza. All'inverso, le autorità fasciste imprigionarono i nativi all'interno del proprio statuto coloniale.

2. *Isolare i nativi libici all'interno di una cittadinanza coloniale.*

I libici e gli abitanti delle isole del Mare Egeo beneficiavano della possibilità di accedere alla piena cittadinanza italiana. Però, questa possibilità fu soppressa per i libici col decreto-legge del 9 gennaio 1939 ⁽⁴¹⁾. Uno dei principali motivi invocato per giustificare questo provvedimento fu la protezione assoluta dello statuto personale.

2.1. *Il pretesto dello statuto personale.*

Lo statuto personale occupava un posto particolare all'interno del diritto coloniale poiché tutti i governi ne assicurarono legalmente la protezione. Le autorità coloniali hanno sempre considerato questo statuto intoccabile perché concerneva l'ambito familiare e la religione ⁽⁴²⁾ dei nativi.

Per questo motivo, lo statuto personale era percepito come l'ultimo baluardo all'assimilazione, e ciò spiega il ruolo che esso giocava nelle colonie francesi e italiane nel processo d'accesso alla cittadinanza. Al momento della domanda, la legge richiedeva almeno la prova che il richiedente non fosse poligamo e la dottrina insisteva sul fatto che, diventato cittadino, lo stesso richiedente acquistava lo statuto personale regolato dal Codice civile.

Dal periodo liberale, gli italiani si presentavano come dei «bravi colonizzatori» particolarmente rispettosi dei diritti legati allo statuto personale dei nativi. Questa protezione dello statuto personale si ritrova in altre forme nella storia coloniale italiana. Così, per esempio, l'opzione di giurisdizione, cioè il diritto accordato ai nativi di rivolgersi ad un giudice italiano al posto del giudice

⁽⁴¹⁾ Sulle basi teoriche del razzismo che spiegano questa legislazione, v. P. COSTA, *Civitas IV*, cit., pp. 291-292.

⁽⁴²⁾ V. A. BERTOLA, *Estensione ed applicazioni del concetto di libertà religiosa nel diritto ecclesiastico coloniale*, in *Atti del terzo congresso di studi coloniali*, cit., pp. 81 ss.

competente, non poteva applicarsi alle regole dello « statuto personale e familiare » (43).

Questa ideologia si perpetuò col fascismo (44) e trovò il suo apice nell'utilizzo dello statuto personale per giustificare l'impossibilità dei nativi di accedere alla piena cittadinanza.

L'articolo 8 del decreto-legge del 9 gennaio 1939 indicava infatti: « È abrogata la facoltà di acquisto della cittadinanza metropolitana prevista dall'art. 37 del vigente ordinamento organico della Libia in quanto implica la perdita dello statuto personale e successorio ». Antonio Cordova, sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione rivedeva i termini di questa legge confermandone così il senso (45).

Ambrosini percepiva in questo provvedimento una giusta protezione della moralità dei libici musulmani: « Abrogando espressamente [la facoltà d'accesso alla piena cittadinanza], il legislatore ha adeguato la legge alla realtà ed ha evitato che nel seno della popolazione musulmana si possa commettere, anche da pochi, un atto riprovevole, quale è considerato da essa la rinuncia allo statuto musulmano » (46).

Tuttavia, la redazione dell'articolo 8 del decreto-legge del 1939 poneva un problema d'interpretazione che non mancò di sollevare il Ministro della Guerra (47). Quest'ultimo esponeva in primo luogo

(43) V. per esempio, l'articolo 58 dell'Ordinamento per la Libia (R.D. 27 giugno 1935) e l'articolo 33 della Carta fondamentale dell'A.O.I. (decreto 1° giugno 1936).

(44) « Un provvedimento che si ispiri a facilitare ai libici la cittadinanza metropolitana con la seguente rinuncia allo Statuto personale e successorio coranico, porterebbe a [scopi] diametralmente opposti a quelli che l'Italia si propone con la sua politica [di] protezione di tutti i suoi sudditi coloniali, dal Mediterraneo all'Equatore » (« Pro-memoria per il Sig. Direttore Generale, Roma, il 5 aprile 1937 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », p. 6).

(45) « [La facoltà di accedere alla piena cittadinanza] è stata però abolita dall'art. 8 della cennata legge 9 gennaio 1939 n. 70, in quanto implicava la perdita dello Statuto personale e successorio » (A. CORDOVA, *Diritto coloniale e cittadinanza coloniale*, in « Rivista di Diritto Pubblico », I, 1939, p. 649).

(46) AMBROSINI, *Lo statuto dei nativi dell'Algeria e della Libia*, cit., p. 344.

(47) « Lettera del Ministro della Guerra Carlo Ferrero alla Direzione Generale degli Affari Politici del Ministero dell'Africa italiana, Roma, il 27 settembre 1940 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 1.

l'enunciato di questo articolo secondo il quale la facoltà dei cittadini italiani libici di acquistare la cittadinanza metropolitana era abrogata « in quanto tale acquisto [implicava] la perdita dello statuto personale e successorio » (48). In seguito, s'interrogava sulle conseguenze dei termini usati: « Poiché soltanto i cittadini italiani libici di religione mussulmana hanno un proprio statuto personale e successorio, mentre quelli di religione israelita hanno solo lo statuto personale e quelli di altra religione non godono di alcuno speciale statuto, si prega di far conoscere se, a parere di cotesto ministero, il sopracitato art. 37 del R.D.L. 3/12/1934 n. 2012 debba ancora ritenersi applicabile ai cittadini italiani libici non mussulmani » (49).

In questo caso, il Ministero dell'Africa Italiana privilegiò il ragionamento analogico. In questo senso sembra interessante indicare la lettura di una delle missive mandate al Partito Nazionale Fascista nella quale era chiaramente affermato che tutti i cittadini libici erano privati dell'accesso alla piena cittadinanza: « Ora, esistono attualmente 500 elementi libici greci e armeni ex sudditi turchi e pochi musulmani convertiti al cattolicesimo, i quali — come cristiani — non possono assumere la cittadinanza italiana speciale musulmana e non possono iscriversi all'Associazione musulmana del Littorio, mentre non possono acquistare la cittadinanza italiana metropolitana per essere stata detta facoltà soppressa nei riguardi di tutti i libici dall'art. 8 della Legge citata » (50).

Questa posizione però non era definitiva. Disprezzando la logica giuridica e appoggiandosi soltanto sul criterio della « razza », la stessa Direzione degli Affari Politici optava per la non-applicabilità dell'articolo 8 della legge del 9 gennaio 1939 soltanto per i « cittadini libici appartenenti alla razza ariana (greci, armeni, ecc.) » (51). I libici musulmani convertiti al cattolicesimo dovevano

(48) *Ibid.*

(49) *Ibid.*

(50) « Lettera del Ministero dell'Africa Italiana al Partito Nazionale Fascista, Roma, s.d. », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 1.

(51) Il 'pro-memoria' precisava: « Nel caso specifico del cittadino libico di religione non musulmana, Iosephiades Domenico, da considerarsi assimilabile all'italiano, non gli potrà venire concessa la cittadinanza metropolitana se non si riterrà,

unicamente beneficiare, in teoria, della cittadinanza speciale. Ogni accessione alla piena cittadinanza era loro vietata. Già il 23 settembre 1940, il Governatore generale della Libia aveva chiesto la concessione di una cittadinanza speciale per i libici non-musulmani ⁽⁵²⁾, cioè in pratica i cristiani ⁽⁵³⁾. Taluni affermavano che questi ultimi non potevano essere trattati meno bene dei musulmani in considerazione dell'importanza della religione cattolica ⁽⁵⁴⁾ o del fatto che non dovevano « trovarsi nelle stesse condizioni in cui sono stati posti gli ebrei libici » ⁽⁵⁵⁾.

Finalmente, secondo la relazione redatta da Graziani al Duce nel mese di ottobre 1940, sembra che il Ministero dell'Africa Italiana abbia optato per la prima soluzione considerando che un provvedimento mirante a privilegiare i libici musulmani non poteva indirettamente vantaggiare quelli che non ne beneficiavano ⁽⁵⁶⁾. La

che l'abrogazione, di cui all'art. 8 del R.D.L. 9 gennaio 1939, n. 70, non si riferisca ai cittadini libici di religione non musulmana. Questa parrebbe anche l'interpretazione del Governo Generale della Libia che, pur a conoscenza dell'art. 8 del R.D.L. 9 gennaio 1939, n. 70, ha citato l'art. 37 dell'Ord. org. nel caso di un cittadino libico di religione non musulmana » (« Ministero dell'Africa Italiana. Direzione generale per gli Affari Politici, Pro-memoria per l'eccellenza il Direttore generale degli Affari Politici, Roma, il 16 aprile 1940 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 2).

⁽⁵²⁾ « Lettera del Governatore generale al Ministero dell'Africa Italiana, Tripoli, il 23 settembre 1940 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 1.

⁽⁵³⁾ Un « pro-memoria » della Direzione Generale degli Affari Politici limitava la definizione dei « non-musulmani »: « Appare necessario precisare che il privilegio della cittadinanza speciale non può essere concesso ai cittadini italiani libici appartenenti alla razza ebraica » (« Pro-memoria per la Direzione Generale degli Affari Politici, s.l.n.d. », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 2).

⁽⁵⁴⁾ « Tale stato di fatto appare impolitico, in quanto il degradare il musulmano che si converte al cattolicesimo rappresenta, agli effetti pratici, una svalutazione della religione ufficiale dello Stato. Anche il Vaticano ha richiamato l'attenzione del R. Governo su questo punto » (« Ministero dell'Africa Italiana. Direzione generale per gli Affari Politici. Pro-memoria per il Duce, Roma, 1940 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 1).

⁽⁵⁵⁾ « Lettera del Ministero dell'Africa Italiana al Partito Nazionale Fascista, Roma, s.d. », cit., p. 1.

⁽⁵⁶⁾ « Pro-memoria del Maresciallo d'Italia Rodolfo Graziani, Cirene, il 22 ottobre 1940 », cit., pp. 8-9.

cittadinanza speciale doveva essere semplicemente estesa a tutte le popolazioni libiche dopo la guerra (57).

La questione della conversione suscitava un secondo problema di diritto anche legato alla redazione dell'articolo 8 del decreto-legge del 1939. Il mantenimento dello statuto personale locale giustificava legalmente l'impossibilità di accedere alla cittadinanza. Quale era di conseguenza la condizione dei nativi che rinunciavano in modo spontaneo al loro statuto personale di origine scegliendo la religione cattolica? Come giustificare che questi convertiti non possano accedere alla cittadinanza in nome della protezione dello statuto personale musulmano?

La questione si era presentata alla dottrina francese (58) in termini vicini all'inizio del ventesimo secolo. Non permetteva la conversione al cattolicesimo e quindi l'acquisto di uno statuto personale quasi simile a quello del Codice civile di beneficiare della cittadinanza francese? La dottrina rispondeva nella maggior parte dei casi che non era possibile perché la conversione al cattolicesimo non era una delle condizioni previste in modo esplicito dai testi regolando l'acquisto della piena cittadinanza. La posta era tuttavia meno importante che nel caso in esame poiché i nativi avevano sempre la possibilità di accedere alla cittadinanza conformandosi ai testi vigenti.

Uno dei primi autori (59) che si interessò alla questione delle conseguenze della conversione durante il periodo fascista fu Ernesto Cucinotta nella sua opera pubblicata nel 1930 e intitolata *Istituzioni di diritto coloniale italiano* (60). Secondo quest'autore la

(57) « Lettera del Ministero dell'Africa Italiana (Ufficio militare) al Maresciallo d'Italia Rodolfo Graziani, Roma, il 19 novembre 1940 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 1.

(58) V. E. LARCHER, *Des effets juridiques du changement de religion en Algérie*, in « Journal de Droit International Privé », 1908; ID., *Des effets juridiques du changement de religion en Algérie*, in « Revue Algérienne », I, 1910; P. MARY, *Influence de la conversion religieuse sur la condition juridique des personnes en Algérie*, Thèse, Droit, Paris, 1910. Dopo questo periodo: A. BONNICHON, *La conversion au christianisme de l'indigène musulman algérien et ses effets juridiques (un cas de conflit colonial)*, Thèse, Droit, Paris, 1931.

(59) Con A. BERTOLA, *Il regime dei culti nell'Africa Italiana*, Bologna, Cappelli, 1939, pp. 98-111.

(60) E. CUCINOTTA, *Istituzioni di diritto coloniale italiano*, Roma, Società anonima tipografica Castaldi, 1930.

conversione non aveva conseguenze sulla cittadinanza perché non si trattava di una delle condizioni previste dalla legge per ottenerla ⁽⁶¹⁾. Cucinotta riconosceva semplicemente che in un caso preciso, la conversione poteva avere effetti solo sullo statuto personale. Bertola era anche favorevole a questa tesi, ma senza limitare gli effetti della conversione sullo statuto personale. Però Angelo Macchia ⁽⁶²⁾ la negava nel 1941. Secondo questo giurista, il nativo non poteva abbandonare il proprio statuto personale a causa della sua conversione. Doveva continuare a dipendere delle regole dello statuto personale originario. Di conseguenza, non era semplicemente prigioniero della sua qualità di cittadino coloniale, ma anche del suo statuto personale.

L'amministrazione pareva favorevole alla modifica dello statuto personale in seguito alla conversione al cattolicesimo. In una relazione redatta circa il 1939, era chiaramente precisato che « ai cittadini italiani libici di religione diversa dalla musulmana e dall'ebraica, [deve] applicarsi lo statuto personale e successorio dei cittadini metropolitani [...] » ⁽⁶³⁾. Un disegno di legge che prevedeva l'attribuzione della cittadinanza libica speciale ai nativi cristiani si accordava col parere dell'amministrazione ⁽⁶⁴⁾.

Sertoli Salis riconosceva delle conseguenze indirette alla conversione in materia di cittadinanza. Egli usò quest'argomento per dimostrare che gli articoli della legge del 1939 non si fondavano soltanto sulla volontà di protezione dello statuto personale, ma anche su un criterio razziale. Dietro il pretesto dello statuto personale, esistevano quindi delle vere motivazioni ideologiche che avevano portato alla legge del 9 gennaio 1939.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 174.

⁽⁶²⁾ A. MACCHIA, *Contributo alla teoria delle fonti del diritto coloniale*, Reggio-Emilia, Stabil. Tipo. Fratelli Rossi, 1941, pp. 53-71.

⁽⁶³⁾ « Pro-memoria per la Direzione Generale degli Affari Politici, s.l.n.d. », cit., p. 2.

⁽⁶⁴⁾ La seconda parte di quest'articolo unico precisava: « I cittadini italiani libici di religione cristiana ammessi al godimento della cittadinanza italiana speciale acquistano lo statuto personale e successorio dei cittadini italiani metropolitani, e hanno diritto di essere iscritti all'Associazione libico-cristiana del Littorio, alle dirette dipendenze del Partito Nazionale Fascista » (« Ministero dell'Africa Italiana. Direzione generale per gli Affari Politici, 'articolo unico', Roma, 1940 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 1).

2.2. *Le motivazioni ideologiche.*

Sertoli Salis affermava molto chiaramente nel 1938 l'importanza dell'elemento razziale in questo futuro testo di legge: « Occorre a questo punto non equivocare. Quando l'art. 4 del nuovo statuto libico prescrive che la cittadinanza italiana speciale per i nativi mussulmani delle quattro provincie libiche non modifica lo statuto personale e successorio di costoro, ciò non significa che la loro capacità di diritto pubblico, limitata al territorio dell'Africa italiana, sia limitata per soli motivi religiosi, cioè in definitiva per impedire loro l'abbandono di tale statuto: significa anche e soprattutto una limitazione razziale [...] » (65).

Ciò era dimostrato dall'assenza di effetti della conversione: « [Ciò] è tanto vero che il già citato articolo 7 mira a mantenere intatta la gerarchia fra *cives optimo jure* e *cives minoris juris*. Se così non fosse, non vi sarebbe motivo che il legislatore impedisse al mussulmano eventualmente convertito al cattolicesimo che con questo atto venisse a rinunciare al proprio statuto personale di acquistare la cittadinanza metropolitana, la quale è invece in ogni caso vietata al libico appunto per motivi razziali » (66).

Altri autori insistevano sul criterio razziale dell'articolo 8 del decreto-legge del 1939. Così, Ambrosini affermava che questa disposizione era « in armonia [col] principio fondamentale del Regime relativo alla preservazione della compagine della razza italiana » (67). Era anche il caso di Alberto Enrico Folchi, avvocato e libero docente di Diritto Coloniale all'Università di Roma (68).

(65) SERTOLI SALIS, *Il nuovo statuto libico*, cit., p. 44.

(66) *Ibid.*

(67) AMBROSINI, *Lo statuto dei nativi dell'Algeria e della Libia*, cit., p. 343. R. Monaco giustificava nello stesso modo l'impossibilità per i sudditi coloniali italiani dell'Africa Orientale di ottenere la piena cittadinanza: « Questa particolare condizioni giuridica ha la sua ragione di essere nella netta diversità di razza, di lingua, di tradizioni, di costumi e di religione tra la metropoli e la colonia, per cui non deve esistere neppure la possibilità di interferenze tra cittadini e sudditi coloniali » (R. MONACO, *Caratteri della sudditanza dell'Africa Orientale Italiana*, cit., p. 242).

(68) A.E. FOLCHI, *Cittadinanza e sudditanza nell'espansione imperiale italiana*, in « Rivista di Diritto Pubblico », I, 1939, pp. 68-69. La sua conclusione fu anche pubblicata in un'altra rivista (*Rassegna della dottrina*, in « Rivista Giuridica del Medio ed Estremo Oriente e Giustizia Coloniale », 1939, p. 160).

Un altro tipo d'argomento venne in seguito sviluppato. Questa riflessione si poggia su una constatazione già realizzata dalle autorità liberali: c'erano pochissime domande d'accesso alla piena cittadinanza. Queste autorità spiegavano un tale fenomeno con l'attaccamento dei nativi al loro statuto personale. Quest'ipotesi fu anche prospettata durante il periodo fascista e possiamo notare in proposito che lo statuto personale fu associato a una « istituzione sacra »⁽⁶⁹⁾ o alla « patria »⁽⁷⁰⁾.

Per molti giuristi coloniali, lo statuto personale indigeno era strettamente legato alla religione (in particolare musulmana) che aveva, secondo loro, una importanza fondamentale per coloro che la praticavano. Secondo Mondaini la rinuncia individuale allo statuto personale di origine diventava da una parte un vero « atto d'abiura » che metteva il principale interessato « fuori della collettività musulmana, cui appartiene [...] »⁽⁷¹⁾. D'altra parte, sostituire d'ufficio lo statuto personale regolato dal Codice civile per mezzo dell'acquisizione generale della cittadinanza era impossibile⁽⁷²⁾. Si trattava di un problema di fondo, di una vera incompatibilità di morale e di « civiltà »⁽⁷³⁾: « L'ostacolo giuridico maggiore, lo scoglio al cui largo hanno girato finora gli Stati colonizzatori, è costituito invece dal turbamento dell'ordine etico, nonché giuridico, nazionale della società metropolitana, derivante dalla incompatibilità morale fra statuto personale e familiare indigeno e statuto

(69) AMBROSINI, *Lo statuto dei nativi dell'Algeria e della Libia*, cit., p. 320.

(70) VILLARI, *La condizione giuridica delle popolazioni coloniali (la cittadinanza adiectitia)*, cit., p. 214.

(71) G. MONDAINI, *Il problema della cittadinanza ai sudditi coloniali*, in « Rivista delle Colonie », 1939, p. 54. Anche: G. AMBROSINI, *L'Algeria e l'attribuzione della cittadinanza francese*, in « Civiltà Fascista », 1938, p. 1095.

(72) MONDAINI, *Il problema della cittadinanza ai sudditi coloniali*, cit. La dottrina italiana criticava aspramente la terza soluzione, cioè la « naturalizzazione nello statuto » secondo la concezione francese (v. per esempio: FOLCHI, *Cittadinanza e sudditanza nell'espansione imperiale italiana*, cit., p. 68; AMBROSINI, *Lo statuto dei nativi dell'Algeria e della Libia*, cit., p. 335).

(73) « Soprattutto la religione, influisce in maniera decisiva: popolazioni di scarsa civiltà, molte di esse sono legate alla vita più per un principio di fede, che per ideali terreni. La loro legge è la tavola della loro religione, la quale acquista funzione di cittadinanza » (VILLARI, *La condizione giuridica delle popolazioni coloniali (la cittadinanza adiectitia)*, cit., p. 226).

metropolitano quando vogliono essere accomunati in una stessa cittadinanza: incompatibilità, nella fattispecie musulmana — ad es. — che più interessa in tale campo il diritto coloniale, che riflette quella fra due condizioni non conciliabili di vita individuale e sociale, fra due stati non diversi soltanto ma antitetici di civiltà (romano-cristiana ed islamica) » (74).

La soluzione data al problema si differenziava da quella del periodo precedente. Secondo Ambrosini, siccome i nativi musulmani non volevano rinunciare al loro statuto per acquistare la piena cittadinanza, l'articolo di legge che prevedeva una tale possibilità non aveva una portata pratica. Era quindi logico che fosse abolito dal legislatore del 1939 (75).

Infine, il decreto-legge del 9 gennaio 1939 consacrava la politica giuridica fascista. Mirava da una parte a togliere i diritti relativi alla cittadinanza coloniale e a conservare, o addirittura a rinforzare, la gerarchia degli statuti e, d'altra parte a isolare il nativo nella sua cittadinanza coloniale.

Esisteva allora ancora un modo per abbandonare lo *status* di cittadino coloniale? Sertoli Salis respingeva nel 1938 l'acquisto della piena cittadinanza col matrimonio. Affermava che « il recente divieto di matrimonio del cittadino di razza ariana con persona non ariana non consente del resto che il libico acquisti la cittadinanza piena neppure *juris communicatione* » (76). Rimaneva l'acquisto di una qualità straniera (77).

(74) MONDAINI, *Il problema della cittadinanza ai sudditi coloniali*, cit., p. 57.

(75) G. AMBROSINI, *Lo statuto dei nativi dell'Algeria e della Libia*, cit., p. 320.

(76) SERTOLI SALIS, *Il nuovo statuto libico*, cit., pp. 44-45.

(77) A questo proposito Villari spiegava: « Sicché, secondo noi, i libici in possesso della speciale cittadinanza per i mussulmani, che abbiano o trasferiscano all'estero la loro residenza, previa autorizzazione con regio decreto, potranno acquistare la qualità di cittadini o di sudditi stranieri. Essi, inoltre, perdono la qualità così acquistata per il fatto di trovarsi nel territorio della Libia, del regno o delle colonie, e delle altre colonie italiane (art. 36 decreto legge 3 dicembre 1934) » (VILLARI, *La condizione giuridica delle popolazioni coloniali (la cittadinanza adiectitia)*, cit., p. 262). Questa conclusione s'accordava col parere delle autorità. Per esempio, in seguito alla domanda dell'Ambasciata del Giappone, il Ministro degli Affari Esteri aveva scritto: « Nei riguardi dei cittadini libici invece, esistono norme più restrittive nel senso che qualora abbiano o trasferiscano la loro residenza all'estero, non possono acquistare la qualità di cittadino o suddito straniero se non siano prima autorizzati con Regio

La volontà ultra-separatista di una parte dei responsabili fascisti traspariva in modo esemplare in un documento d'archivio datato novembre 1940. La prima parte di questa lettera del Ministero dell'Interno al Ministero dell'Africa Italiana riassumeva quale era la politica auspicata dal governo della Libia verso i libici musulmani che avevano acquisito la piena cittadinanza e chiedevano che quest'ultima fosse sostituita dalla cittadinanza speciale. Le autorità coloniali raccomandavano la soluzione seguente: « Con il telesspresso trasmesso da codesto Ministero, il Governo della Libia, premesso che il R.D.L. 9 gennaio 1939 XVIII n. 70, il quale istituisce la cittadinanza speciale per i libici, non prevede l'acquisto di tale cittadinanza da parte di musulmani in possesso di quella metropolitana e rilevato, d'altro canto, che già uno di essi ha presentato domanda per ottenere la cittadinanza speciale, chiede — in previsione di possibili altre richieste del genere — che venga favorevolmente esaminata la possibilità di aderire al desiderio degli interessati, agevolando loro il riacquisto del primitivo statuto personale e successorio. Codesto Ministero ha aderito alla richiesta ed ha, a sua volta, proposto che questo dell'Interno indichi la procedura più rapida, che consenta al richiedenti di ottenere lo svincolo dalla cittadinanza metropolitana » (78).

Si trattava quindi di accettare che i cittadini metropolitani musulmani ottenessero dietro loro richiesta la cittadinanza italiana speciale, in sostituzione della cittadinanza metropolitana. Acquistavano pertanto di nuovo lo statuto personale e successorio che era in origine loro.

Decreto. È opportuno anche avvertire che tanto i cittadini libici che i sudditi coloniali, che trasferitisi all'Estero hanno acquistato la nazionalità straniera, riacquistano la cittadinanza libica o sudditanza coloniale per il solo fatto di ritrovarsi nel territorio delle nostre colonie » (« Lettera del Ministro delle Colonie al Ministero degli Affari Esteri, Roma, il 14 gennaio 1933 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », p. 1. V. ancora: « Telesspresso del Ministero degli Affari Esteri al Ministero delle Colonie, Roma, il 3 gennaio 1933 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 290: « Leggi e regolamenti sulla cittadinanza 1929-1939 », p. 1).

(78) « Lettera del Ministero dell'Interno. Direzione generale per la demografia e la razza (divisione cittadinanza) al Ministro dell'Africa italiana, Roma, il 29 novembre 1940 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 1.

Il Ministro dell'Interno non era tuttavia favorevole a questa politica per motivi pratici e di prestigio. Un tale passo non era previsto dai testi. Inoltre, permetteva al richiedente di strumentalizzare la legge italiana a suo favore: « Comunque, non sarebbe opportuno — ad avviso di questo Ministero — facilitare in qualche modo, le aspirazioni degli anzidetti libici-musulmani, in vista della non regolare situazione che verrebbe a crearsi in concreto nei loro confronti. Si tratterebbe, infatti, di individui i quali, avendo conseguito già la cittadinanza metropolitana con la implicita rinuncia al loro primitivo statuto personale, intendono poi riprendere questo loro stato personale. Ne seguirebbe che costoro, mentre possono aver ricoperto, quali cittadini italiani, delle cariche e impieghi pubblici, avrebbero modo, in un secondo tempo, di contrarre, giusta le consuetudini musulmane, legittimo matrimonio con più donne » (79).

In continuità con il periodo liberale, il fascismo scelse una politica di non-assimilazione e di gerarchizzazione dei gruppi in materia di cittadinanza. Al contrario del primo periodo, questa politica si trasforma in politica razzista e condusse alla creazione di due mondi isolati l'uno dall'altro.

La legge del 1927 riduceva i diritti dei nativi relativi alla cittadinanza. Queste restrizioni si moltiplicarono a partire dal 1934 e i progetti che non si inserivano in questa ottica furono scartati.

Esisteva una dicotomia tra la creazione di nuove entità intermedie, presentate come una valorizzazione dei diritti dei nativi, e la realtà giuridica. Quest'ultima insegnava che questo *status* non comportava diritti nuovi, ma addirittura ne accordava globalmente meno di prima.

Questa diminuzione dei diritti si faceva in nome della protezione dei nativi musulmani e in particolare in nome del rispetto dello statuto personale. Questo argomento fu in una larga misura ripreso dalla dottrina.

(79) Ivi, p. 2.

Nell'Archivio del Ministero dell'Africa Italiana si trova un documento composto di differenti articoli estratti da giornali francesi sulla legislazione italiana. Questi articoli sono spesso parziali a proposito della politica francese e non sono privi dei luoghi comuni del pensiero coloniale. Però, ci permettiamo di citarne un brano che riguarda la legge italiana del 9 gennaio 1939. La sua descrizione della situazione giuridica dei cittadini coloniali sembra abbastanza lucida: « Senza fare apprezzamenti sui motivi che hanno spinto il Governo italiano a promulgare un testo legislativo nuovo su argomenti particolarmente delicati e controversi, non possiamo non constatare, per quanto riguarda la situazione fatta ai musulmani della Libia nell'impero italiano, che il decreto-legge 9 gennaio 1939 mostra, quanto ai diritti dei sottomessi: una regressione netta non soltanto sul liberalismo eccessivo dello statuto 1919, ma anche sulle prescrizioni meglio adattate del decreto-legge 1934; una volontà deliberata di mantenere i mussulmani in una posizione nettamente inferiore a quella degli italiani, e cioè di circoscriverli in queste ultime; una intenzione ben distinta di aumentare gli obblighi di essi mussulmani (coscrizione) e di dividerli (cittadinanza libica ordinaria e speciale). Tutto ciò non solamente senza conservare loro i benefici già sminuiti del decreto 1934, ma diminuendo ancora tali diritti con una abilità che fa apparire le restrizioni apportate alla libertà musulmana in Libia, come delle nuove ed aumentate concessioni »⁽⁸⁰⁾.

Negli anni Trenta, le autorità fascista isolarono giuridicamente il nativo nella propria cittadinanza coloniale. Nel 1941, taluni vollero anche isolare il nativo nel proprio statuto personale.

⁽⁸⁰⁾ « Documento (estratto da « Afrique française », giugno 1939) del Ministero dell'Africa Italiana (Archivio documentario per l'Africa italiana) alla Direzione generale Affari Politici e al Gabinetto di S.E. il Ministro, Roma, ottobre 1939 », A.S.M.A.I., Affari Politici, Elenco III/c. 91, fasc. 292: « Cittadinanza italiana speciale ai musulmani libici 1938-1943 », p. 7.

GIANLUCA GABRIELLI

IL RAZZISMO COLONIALE ITALIANO TRA LEGGI E SOCIETÀ

1. Molteplici dimensioni del razzismo coloniale italiano. — 2. Il razzismo politico. — 3. Razzismo diffuso. — 4. Razzismo istituzionale. — 5. La svolta: dal razzismo diffuso al razzismo di Stato. — 6. Il razzismo istituzionale dell'impero. — 7. Limiti e resistenze.

Nei possedimenti coloniali italiani, pur con notevoli differenze tra Libia, Eritrea e Somalia, il razzismo fu uno degli strumenti reali e simbolici utilizzati per la costruzione e il mantenimento del dominio e per assicurare il riconoscimento di quello che veniva definito « superiore prestigio degli italiani ». Il culmine di questo processo fu indubbiamente l'istituzionalizzazione operata dal fascismo tra il 1936 e il 1941. In quegli anni infatti fu varata una legislazione esplicitamente dedicata alla tutela della razza, fu realizzata in parte l'organizzazione di una società coloniale separata per europei e africani (segregazione) e fu propagandata la differenza razziale come elemento fondante l'identità e la superiorità dei colonizzatori italiani. La grande forza d'impatto di questo universo razzista della seconda metà degli anni Trenta rischia però di dare un'immagine parziale del rapporto tra razzismo e colonie italiane, quasi che nel periodo precedente la dimensione istituzionale del razzismo fosse trascurabile o, peggio, che solo nella forma istituzionale si fosse materializzato il razzismo. In realtà, come vari studiosi del fenomeno hanno a più riprese affermato e mostrato, il razzismo coloniale italiano ha avuto una storia complessa caratterizzata da differenti profili che si sono intrecciati ripetutamente nel corso del tempo.

1. *Molteplici dimensioni del razzismo coloniale italiano.*

Schematizzando, possiamo riconoscere quattro dimensioni de-

gli avvenimenti e della realtà coloniale italiana nelle quali il razzismo è riconoscibile e ha costituito una componente decisiva.

Una prima dimensione del razzismo — strutturalmente legata ad ogni storia coloniale — è quella ideologica come *giustificazione del dominio*. Anche il colonialismo più bonario ed assimilatore deve creare una teoria generale che giustifichi l'invasione di terre straniere popolate da individui di comunità autonome e culturalmente diverse, ma evidentemente dotate di pari dignità umana rispetto ai colonizzatori. Questa ideologia, più o meno esplicitamente, è stata sempre costruita attorno al principio dell'inferiorità delle popolazioni soggiogate rispetto ai parametri superiori rappresentati dai canoni europei o occidentali. Tale principio al tempo dell'imperialismo europeo veniva in gran parte coniugato antropologicamente, ma poteva esserlo anche secondo i canoni dell'inferiorità culturale. Come ha sostenuto Rochat, « razzismo e sopraffazione sono le condizioni preliminari per ogni conquista coloniale, perché già l'idea di voler disporre a proprio piacimento delle sorti di un popolo militarmente più debole è profondamente razzista e sopraffattoria » (1).

Vediamo ad esempio come, nei discorsi di soggetti politici diversi colti nell'arco di tempo non indifferente che va dalla fine dell'Ottocento agli anni dell'impero, si possono trovare le stesse articolazioni linguistiche e lo stesso riconoscimento dell'identità razzista alla base del dominio dei territori: il « prestigio della razza bianca », « della stirpe dominatrice » rimane il veicolo della riaffermata superiorità su cui deve basarsi la conservazione e la gestione del potere coloniale. Ecco come si esprime Sidney Sonnino che nel 1890 riflette sulle coordinate di comportamento in colonia del periodo liberale: « Fortunatamente le relazioni tra indigeni e bianchi sono buone; non ho potuto vedere indizi di alcun odio di razza o di colore, e dipenderà da noi il non farlo nascere. Non bisognerà però confondere il sentimento di equità e di umanità che deve regolare tutti i nostri rapporti cogli indigeni con la debolezza o una malintesa sentimentalità che, diminuendo il prestigio che l'uomo bianco, come tale, deve conservare di fronte al nero, renderebbe impossibile il dominio da mantenersi da poche migliaia di italiani

(1) G. ROCHAT, *Il colonialismo italiano*, Torino, Loescher, 1973, p. 222.

su centinaia di migliaia o su milioni di indigeni. Di fronte all'uomo di colore, indiano o africano, ci vuole mano equa e ferma, ma rigorosamente ferma » (2). Quasi cinquant'anni più tardi, nel mese di agosto 1936, il ministro Alessandro Lessona così si rivolge ai Governatori africani mandando le prime *Direttive* che organicamente affrontano il problema della politica imperiale da tenere nei confronti delle popolazioni locali: « La razza bianca deve imporsi per superiorità affermata non pure assiomaticamente ma praticamente. Soltanto ci si confonde con chi ci assomiglia, da ciò la necessità di mantenere netta separazione tra le due razze bianca e nera; ciò non significa spregio o umiliazione dei neri, significa invece differenziazione tra gli uni e gli altri » (3). Situazioni diverse, uso del razzismo articolato diversamente e certo diversamente assimilato dai singoli coloni, ma lo stesso riconoscimento che il dominio in Africa riposa, in ultima istanza, sulla gerarchia dalla razza.

Scendendo su un piano di analisi più concreto, seguendo la recente partizione di Nicola Labanca (4) possiamo individuare tre diversi livelli di azione: razzismo politico, razzismo diffuso e razzismo istituzionale.

2. *Il razzismo politico.*

Il ricorso alla violenza, sino allo sterminio e ad atti genocidiari, accompagnò tutto il colonialismo italiano, sia nel periodo liberale che in quello fascista. Ricordiamo durante il periodo liberale la politica di repressione e le esecuzioni sommarie operate dall'autorità militare durante il primo colonialismo in Eritrea e le rappresaglie indiscriminate e la deportazione di migliaia di tripolini durante la conquista della Libia. Negli anni Trenta la deportazione

(2) S. SONNINO, *L'Africa Italiana. Appunti di viaggio*, in « La Nuova Antologia », XXV, 1890, cit. da B. SORGONI, *Parole e corpi. Antropologia, discorso giuridico e politiche sessuali interrazziali nella colonia Eritrea (1890-1941)*, Napoli, Liguori, 1998, pp. 123-124.

(3) Telegramma di A. Lessona al Viceré R. Graziani, *Direttive di azione per l'organizzazione e l'avvaloramento dell'AOI*, 5 agosto 1936, ACS, fondo Graziani, b. 31, fasc. 29, fasc. 40.

(4) N. LABANCA, *Oltremare*, Bologna, Il Mulino, 2002.

in campi di concentramento dei nomadi del Gebel cirenaico (circa 100.000 persone) per indebolire la resistenza dei patrioti senussi che avevano dalle popolazioni appoggi e rifornimenti ⁽⁵⁾. Inoltre, sempre del periodo fascista, l'uso ripetuto dei gas durante la riconquista della Libia (anni Venti) e durante e dopo la conquista dell'Etiopia ⁽⁶⁾ e il *pogrom* cui si abbandonarono, nel febbraio 1937, la popolazione bianca di Addis Abeba, le formazioni del partito fascista e i militari come rappresaglia per attentato al viceré Graziani (4000 morti africani secondo Del Boca). Se è difficile per questi episodi parlare di razzismo in forma 'pura', poiché alla base di queste pratiche sono di volta in volta presenti esigenze di ordine pubblico, militare, di sfruttamento economico, tuttavia comportamenti di tal fatta non sarebbero mai stati rivolti contro popolazioni europee, cioè non furono pensabili se non all'interno di una dominazione coloniale con popolazioni considerate inferiori.

Un'altra declinazione del razzismo politico è costituita dal ricorso sistematico alla « Politica delle razze » nel tentativo di vincere le resistenze e assicurarsi la collaborazione di strati della popolazione dominata. Il *divide et impera* è stato sempre uno degli strumenti classici di dominazione coloniale, messo in atto attraverso un'opera sistematica di sfruttamento e approfondimento delle differenze etniche, religiose, linguistiche, culturali fino alla vera invenzione di identità razziali inesistenti. Gli esempi sono numerosi anche nella storia coloniale italiana; basti qui citare in Eritrea i conflitti tra « musulmani e pastori nomadi o animisti coltivatori del bassopiano occidentale messi contro agricoltori copti dell'altipiano » ⁽⁷⁾.

3. *Razzismo diffuso.*

Il razzismo diffuso costituisce la dimensione più difficile da censire e studiare. Ne sono intrinse le pratiche di vita quotidiana e

⁽⁵⁾ A. DEL BOCA, *La repressione in Libia*, in « Studi piacentini », 2, 1987.

⁽⁶⁾ A. DEL BOCA, *I gas di Mussolini. Il fascismo e la guerra d'Etiopia*, Roma, Editori riuniti, 1996.

⁽⁷⁾ LABANCA, *Oltremare*, cit., p. 416.

il senso comune etnografico con cui i colonialisti andavano nell'Oltremare. Fa parte di questa categoria, ad esempio, la regolarità con cui, lungo tutta la durata del colonialismo, le popolazioni autoctone vennero descritte come « indolenti » e — attraverso questo parametro — giudicate negativamente, a prescindere da ogni messa in discussione dei criteri eurocentrici su cui costruire tali giudizi di valore e da ogni verifica reale del pregiudizio; è evidente che questo stereotipo operò e riverberò la sua forza a tutti i livelli, dai discorsi degli antropologi ai testi scolastici ai pensieri dei coloni analfabeti e di quelli colti; in tutti i casi divenne elemento di conferma della superiorità bianca e di giustificazione del dominio. Ecco ad esempio come questo elemento viene utilizzato, *en passant*, da Lidio Cipriani in un'opera del 1932 tesa a dimostrare l'impossibilità biologica del « negro » di produrre pensieri creativi e quindi la necessità 'morale' dell'espansione coloniale per non lasciare inutilizzate le risorse del continente africano:

« Nelle società negre ognuno è troppo dominato dalle proprie sensazioni per poter elaborare idee in base a cui un'opera continuata sarebbe da compiersi di pieno accordo con parecchi, né si ha in questo un indizio di egoismo, perché la rinuncia al bene collettivo significa rinuncia anche al bene individuale. *Mai i Negri si daranno a costruire una strada su cui tutti potranno passare con comodo, evitando il disagio e magari i pericoli di un sentiero talora sproporzionatamente più lungo, e se a miglia di distanza da una comunità negra può essere ottenuta, sia pure con diuturna fatica, dell'acqua sporca e imbevibile da qualunque Bianco, nessuno penserà mai a soggiacere al facile lavoro dello scavo di un pozzo nelle immediate vicinanze.* In qualunque stadio di civiltà si trovi, il Negro agirà in casi simili soltanto se indottovi non dall'esempio ma dalla costrizione del Bianco e in vista di un vantaggio immediato ed indiretto, quale può essere la mercede da questi pagatagli. *Lavorare per avere la strada o il pozzo non vale, secondo il Negro, la conseguente rinuncia alle gioie permessigli dal riposo e preferisce così abbandonarsi ogni giorno senza preoccupazioni di sorta, ai suoi piaceri prediletti, quali il cicaleggiare per ore e ore su argomenti insulsi ripetuti all'infinito, il saltare, il far rumore e talora il litigare*

o il sollazzarsi con le sue donne. Tutto il resto, per qualsiasi di loro, vale assai meno » (8).

Questo razzismo diffuso, presente lungo tutto l'arco storico del colonialismo nazionale, diviene elemento di coagulo e giustificazione di trattamenti diversi nel lavoro, nell'igiene e nella sanità, nella scuola, nell'organizzazione del tempo libero delle due comunità, spesso dando luogo a prime forme parziali di istituzionalizzazione delle discriminazioni.

4. *Razzismo istituzionale.*

Quando il discrimine di razza diviene fondamento di norme o istituzioni, o anche solo quando tale elemento entra nell'articolazione dei codici e dei regolamenti di una società, allora si deve parlare di razzismo istituzionale. Il colonialismo italiano dopo il 1936 varò una legislazione organicamente ed esplicitamente razzista ed il periodo che va da questa data alla perdita delle colonie rappresentò indubbiamente il punto più alto di discriminazione con pochi paragoni anche a livello internazionale. Eppure, come ho accennato, questa istituzionalizzazione del razzismo aveva avuto importanti precedenti — durante il periodo liberale e i primi anni del fascismo — che non possono assolutamente essere ignorati. Essi mostrano come la codificazione della separazione e dell'inferiorità fu un fenomeno non esclusivamente fascista, ma che anche il colonialismo liberale percorse quando circostanze ambientali e di contesto lo consigliavano per la gestione funzionale del dominio.

Iniziamo dall'articolazione del territorio: i primi elementi normativi che dispongono una divisione in zone delle città coloniali sono del 1914: il piano regolatore per la città di Asmara (9) che prevede una della quattro zone riservata agli europei dalla quale devono essere sgomberate le abitazioni di indigeni e assimilati; la stessa separazione per decreto sarà poi recepita anche nei piani regolatori di altri centri dell'Eritrea (10) a ribadire una 'linea del

(8) L. CIPRIANI, *Considerazioni sopra il passato e l'avvenire delle popolazioni africane*, Firenze, Bemporad, 1932, pp. 139-40; corsivo mio.

(9) DG. 13 giugno 1914, n. 2535.

(10) B. SORGONI, *Parole e corpi*, cit., p. 114.

colore' spesso percepita quasi come 'naturale' dalle stesse popolazioni locali. In realtà anche prima di quella data la dislocazione degli insediamenti delle comunità di coloni europei manteneva una separazione di fatto: un termine come « zona indigena » fu subito di uso comune in colonia.

Nell'esercito l'organizzazione normativa prevedeva l'impossibilità per gli eritrei di accedere ai gradi superiori, così come rimase sempre limitata l'autorità dei poliziotti di colore nei confronti di civili europei: solo in presenza di circostanze particolarmente gravi e in esecuzione di esplicito ordine del superiore bianco un poliziotto di colore poteva intervenire in servizio contro un bianco ⁽¹¹⁾.

Anche l'educazione fu sempre un elemento portante della costruzione e del mantenimento della barriera del colore: il sistema scolastico eritreo prevedeva per gli allievi africani solo un'educazione elementare e tecnica riservata ai maschi di ceto elevato ⁽¹²⁾.

5. *La svolta: dal razzismo diffuso al razzismo di Stato.*

La svolta nella costruzione del razzismo di Stato avvenne in corrispondenza della guerra di conquista dell'Etiopia, che ne costituì anche il fattore di decisione più importante. Da tempo nelle mire del regime — preparata già dal 1934 e compiuta tra il 1935-36 — questa invasione fu sostenuta con una guerra di massa che portò nel territorio d'oltremare un numero di soldati e operai altissimo rispetto alla storia precedente delle colonie italiane e ponendo

⁽¹¹⁾ Art. 242 del Codice penale eritreo: « I sudditi coloniali, i capi di provincia, di paese o di tribù rivestiti di funzioni civili o religiose, i militari regolari, i capi banda ed i loro gregari al servizio del Governo sono considerati pubblici ufficiali in rapporto ai sudditi coloniali ed assimilati [...]. Essi non sono invece considerati pubblici ufficiali ai fini della legge penale di fronte ai cittadini o agli stranieri », R.d. 14 maggio 1908, n. 485. Il codice penale eritreo non divenne mai cogente per mancata pubblicazione, ma rimase sempre riferimento delle magistrature come raccolta di principi sistematici.

⁽¹²⁾ G. BARRERA, *Patrilinearità, razza e identità: l'educazione degli italo-eritrei durante il colonialismo italiano (1885-1934)*, in « Quaderni storici », 109, 2002, 109, 1; G. BARRERA, *The construction of racial hierarchies in colonial Eritrea: the liberal and early fascist period (1897-1934)*, in P. PALUMBO, *A place in the Sun: Africa in Italian Colonial Culture*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 2003.

problemi di convivenza inediti ai quali il regime tentò di dare una risposta repressiva, separatista e di puro dominio.

Si trattava di fondare sulla politica di « razza » la nuova politica indigena, di basare esplicitamente sul razzismo e sulla separazione gerarchica tra la comunità bianca e quella indigena le ragioni e le modalità della politica di dominio in colonia. Come ho tentato di mostrare il razzismo non era una novità nelle colonie italiane, tutt'altro. Ma nella modalità con cui si era venuto sviluppando 'spontaneamente' fin dai primi sbarchi ottocenteschi non pareva più adatto alla nuova fase di colonizzazione imperiale progettata dal regime. Il fascismo imperiale volle sostituire al razzismo 'di fatto' che si era radicato nei primi cinquant'anni di colonie un razzismo istituzionale, declamato e rigidamente separatista.

Inoltre il razzismo di Stato costituiva lo sviluppo ulteriore — nell'ambito di una storia interna del regime — dei presupposti identitari profondi del fascismo che si fondava sulle gerarchie rigide, elitarie, nazionalistiche e che fino ad allora si erano esplicitati solo in modo parziale; sulla declinazione razzista di tali gerarchie il regime costruì uno degli elementi centrali su cui cementare il livello del consenso attivando l'emarginazione di ogni diversità come potenziale fonte di dissenso. Accanto a questi elementi principali che guidarono la decisione di varare la stagione del razzismo di Stato, troviamo inoltre la presenza di elementi di contesto importanti — come l'instaurazione in Europa da parte della Germania nazista di un regime fondato sul razzismo — e lo sviluppo di presupposti ideologici altrettanto significativi nella cultura nazionale: una spia evidente è certamente la crescita di importanza nel dibattito (scientifico e non) di un antropologo rigidamente razzista come Lidio Cipriani ⁽¹³⁾.

Fin dall'inizio l'ossessione cardine delle scelte e della propaganda fu quella dell'« incrocio tra razze », il cosiddetto « meticcio ». I primi documenti in cui emerse il timore che nei territori coloniali

⁽¹³⁾ G. GABRIELLI, *Prime ricognizioni sui fondamenti teorici della politica fascista contro i meticci*, in *Studi sul razzismo italiano*, a cura di A. Burgio, L. Casali, Bologna, Clueb, 1996; SORGONI, *Parole e corpi*, cit.; F. CAVAROCCHI, *La propaganda razzista e antisemita di uno 'scienziato' fascista: il caso di Lidio Cipriani*, in « Italia contemporanea », giugno 2000, pp. 193-225.

si formasse una generazione di meticci risalgono al mese di luglio del 1935. In risposta ad appunti riservati che descrivevano il problema Mussolini ordinava che venisse « disposto d'urgenza un piano d'azione per evitare il formarsi di una generazione di mulatti in Africa Orientale » (14). Da qui la scelta di intervenire sulle « unioni miste » e di allargare la separazione a tutti gli ambiti sociali in cui ciò fosse possibile. In agosto 1936 le *Direttive* impartite dal ministro Alessandro Lessona a tutti i governatori contenevano già le linee fondamentali lungo le quali si sviluppò il nuovo corso della politica razzista negli anni seguenti; dall'ambito politico a quello sociale la subordinazione della comunità africana doveva essere massima e ottenuta attraverso la separazione di ogni attività per garantire la superiorità della « razza bianca ». Ecco quindi prescritta la separazione delle abitazioni, l'interdizione degli indigeni dai ritrovi dei bianchi, l'ordine di evitare ogni « familiarità », la lotta al « madamismo », cioè alle unioni miste, attraverso provvedimenti di polizia e l'organizzazione di case di tolleranza per italiani con « donne di razza bianca ».

6. *Il razzismo istituzionale dell'impero.*

Dopo quattro anni, alla vigilia della seconda guerra mondiale, la costruzione del razzismo di Stato aveva raggiunto una realizzazione abbastanza organica. Le leggi su cui poggiava erano sostanzialmente due: la legge 1004 del 29 giugno 1939 e la legge 822 del 13 maggio 1940.

La prima può essere definita legge quadro del razzismo istituzionale fascista poiché mise ordine in un ambito che era venuto crescendo in modo non sempre ordinato a partire dai primi interventi del 1936.

Essa introdusse il nuovo reato di *Lesione del prestigio di razza*. In esso erano puniti sia reati già previsti da leggi precedenti (Rdl 880 del 19 aprile 1937 — poi Legge 2590 del 30 dicembre 1937 — contro le unioni miste) e da vari decreti governatoriali (che im-

(14) *Telespresso* di F. Suvich al Ministero delle Colonie, 8 agosto 1935, *Problema della formazione di mulatti in Africa Orientale*, MAE, Fondo AAPP 1931-45 Etiopia. Fondo di Guerra, b. 108 fasc. *problema dei meticci*.

nevano la separazione nei locali pubblici e nei trasporti), sia nuovi reati (come quello che proibiva l'impiego di un « bianco » alle dipendenze di un « indigeno »). Inoltre la legge prevedeva per la prima volta la punibilità dell'africano per ragioni razziali mentre per i reati previsti fino a quel momento il solo soggetto punito per tali motivi era il « bianco » in ragione del « più elevato grado di civiltà » di cui era titolare. La legge 1004 prevedeva inoltre un aggravamento della pena prevista per altri reati comuni se commessi in situazioni che comportavano abbassamento del « prestigio della razza superiore ».

La proibizione delle unioni miste era il vero cardine del nuovo corso razzista. Questo bersaglio fu privilegiato perché portava in sé le due direttrici su cui il fascismo imperiale voleva intervenire: quella « sociale » e quella « biologica ». Da una parte, che possiamo definire sociale, voleva separare le due comunità in nome dell'esercizio del dominio. Questa separazione doveva partire dalla sfera sessuale ed affettiva, attaccando la consuetudine del 'madamato' diffusa fin dall'esordio del dominio coloniale. La « madama » era la donna indigena pagata e mantenuta come compagna di letto e di casa del bianco per il tempo in cui permaneva in colonia. Questa pratica, piena di razzismo e di sessismo, era sempre stata silenziosamente tollerata dalle autorità coloniali, ma ora entrava in forte contraddizione con il proposito fascista di organizzare la società in cui due comunità che si sviluppassero separatamente. Dall'altra parte abbiamo l'ossessione che la purezza della razza superiore fosse minacciata biologicamente dalla mescolanza genetica che, secondo l'antropologia razzista dell'epoca, avrebbe condotto la razza ad una degenerazione procreando incroci razziali definiti di volta in volta come « malati » o « rivoltosi ». È evidente che anche questo aspetto più rigidamente biologico del razzismo coloniale trovava l'elemento cardine su cui costruire la « difesa della purezza razziale » nell'attacco penale alle unioni miste.

Dopo le prime misure amministrative formulate durante il 1936, la proibizione delle « unioni di indole coniugale » ⁽¹⁵⁾ venne

⁽¹⁵⁾ Così si espresse anche la norma, intendendo lasciare lecite le pratiche sessuali a pagamento che non comportassero elevazione dell'indigena al livello del bianco. D'altra parte non venne proibito il matrimonio poiché tale pratica era talmente

annunciata dal ministro Lessona sulla « Stampa » nel gennaio 1937 ⁽¹⁶⁾ e divenne decreto nel mese di aprile. Il testo prevedeva la punibilità del bianco con la reclusione da uno a cinque anni. Dopo le prime sentenze la giurisprudenza diede per acquisita l'interpretazione della norma che escludeva dalla punibilità la pratica sessuale se ottenuta a pagamento più o meno esplicito. La condanna veniva invece comminata quando esistevano elementi che potessero anche lontanamente far pensare ad un atteggiamento di elevazione dell'indigena al rango del bianco, mentre non era necessario riscontrare l'esistenza di affetto. I processi seguiti alle campagne repressive (particolarmente intensa quella dell'estate 1938, contemporanea al varo del razzismo di Stato nel Regno) si concentrarono su elementi come la mensa, i regali, il riposo: se in questi momenti di quotidianità il bianco considerava con dignità la donna africana ad esempio mangiando allo stesso tavolo, rimanendo a dormire nello stesso letto, facendole regali « con carattere di civetteria più che di remunerazione supplementare dell'opera » ⁽¹⁷⁾, egli non poteva sfuggire alla condanna ⁽¹⁸⁾.

Collegata alla questione delle unioni miste era la decisione sul destino normativo e sociale dei « meticci », cioè di coloro che, in anni di razzismo affermato, venivano considerati esito della mescolanza tra due razze. I meticci esistenti, nonostante la breve vita delle colonie italiane del corno d'Africa, erano numerosi. Se la gran parte di essi erano stati abbandonati dal padre bianco e accuditi dalla donna indigena, non pochi erano coloro che erano stati accolti negli asili approntati dai missionari ed avevano vissuto in ambiente di cultura italiana mentre un numero ristretto era stato anche rico-

impensabile che legiferare in tal senso avrebbe solamente creato conflitti con la Chiesa cattolica; il divieto del matrimonio interrazziale fu poi introdotto con la campagna antiebraica, rdl 1728 del 17 novembre 1938; cfr. G. GABRIELLI, *Il matrimonio misto negli anni del colonialismo italiano*, « I viaggi di Erodoto », XIII, giugno-novembre 1999, 38/39.

⁽¹⁶⁾ A. LESSONA, *Politica di razza*, in « La Stampa », 9 gennaio 1937, p. 1.

⁽¹⁷⁾ Sentenza 5 settembre 1939, imputato Fagà, in « Razza e civiltà », I, 1940, 5, p. 549.

⁽¹⁸⁾ Una trattazione approfondita sull'argomento in G. GABRIELLI, *La persecuzione delle 'unioni miste' (1937-1940) nei testi delle sentenze pubblicate e nel dibattito giuridico*, in « Studi piacentini », 1996, n. 20.

nosciuto dai padri bianchi ed era vissuto nella comunità italiana. Il fascismo non aveva mai preso posizioni precise, tanto che tra il 1931 e il 1933 si era potuto materializzare — per Eritrea e Somalia — una norma ⁽¹⁹⁾ che allargava il canale di acquisizione della cittadinanza italiana ai meticci figli di ignoti che erano riconosciuti come tali antropologicamente e che avessero una cultura elementare italiana. Questa norma, perfettamente all'interno di una concezione del mondo razzista tanto che il diritto alla cittadinanza veniva riconosciuto per tutelare la "parte bianca" dell'individuo a patto che fosse cresciuta culturalmente italiana, ci segnala però come il razzismo coloniale che precedeva le leggi imperiali si modellava sulla vita in colonia. Da ciò scaturiva la negoziazione di limitati compromessi tra la visione 'deterministico-biologica', vera gabbia di acciaio insuperabile, e il riconoscimento dell'esistenza di rapporti di superiorità e subordinazione di tipo 'culturale' — e quindi limitatamente modificabili — tra le due comunità.

Su questa situazione di fatto che si era venuta creando nel corso dei cinquant'anni di esistenza della colonia Eritrea cadde la svolta razzista di metà anni Trenta che vide nel meticcio il soggetto di una possibile disgregazione del dominio bianco nella colonia.

Questa immagine rigidamente biologica del 'meticcio' divenne l'icona negativa, il bersaglio simbolico e reale attorno al quale costruire il nuovo corso del razzismo coloniale fascista e accompagnò ogni discorso di propaganda fin dai primi opuscoli per i lavoratori che durante la guerra si trasferirono in Colonia ⁽²⁰⁾. Esemplare la sintesi che ne diede Nicola Marchitto in uno dei tanti pamphlet pubblicati. Egli sosteneva l'incapacità dell'incrocio di elevarsi non solo al di sopra della « razza superiore », ma anche di quella « inferiore ». Per Marchitto il meticcio è sterile, tende alle malattie poiché non è un vero « prodotto di fusione ma [...] di emulsione, di giustapposizione di elementi che non si fondono intimamente [...] quasi ciò che in chimica si chiama miscuglio », e quindi « il disquilibrio dei loro plasmì originari » ne fa « degli eterni malati fin dalla nascita ». Ma la vera preoccupazione dell'autore è

⁽¹⁹⁾ Legge n. 999, 6 luglio 1933.

⁽²⁰⁾ CONF. FASCISTA DEI LAVORATORI DELL'INDUSTRIA, *Orgoglio di popolo nel clima dell'impero*, Roma, Stab. tipogr. Il lavoro fascista, 1936.

quella sociale e politica, poiché teme che il mulatto possa costituire un formidabile elemento disgregatore e di malcontento tra colonizzatori e colonizzati. Infatti gli appartenenti a questa « classe di spostati », rigettati dai bianchi e dai neri, andrebbero a formare « il terreno più adatto alla propaganda comunista », i « rivoluzionari per eccellenza ». E poco più avanti: « si può benissimo eguagliare il meticcio all'ebreo quale elemento di disgregazione e di sovvertimento sociale e politico » (21).

La legge sui meticci, che inizialmente doveva confluire nella legge 1004, fu approvata solo un anno dopo poiché attorno ad essa si aprirono conflitti tra diverse ipotesi legislative. Funzionari coloniali di lungo corso e di prestigio riconosciuto come Alberto Pollera chiesero ripetutamente che nella nuova norma si riconoscesse rispetto per i meticci che avevano acquisito la cittadinanza italiana in virtù di precedenti naturalizzazioni e riconoscimenti operati fino ad allora da parte dei padri italiani; in alcuni casi cittadini italiani « meticci » avevano studiato in Italia, avevano prestato servizio militare nell'esercito ed erano morti durante la conquista dell'Etiopia ricevendo decorazioni al valore. Dopo un lungo confronto di cui sono state ricostruite le linee generali, ma del quale mancano ancora alcuni elementi (22), la scelta di compromesso del regime fu quella di considerare appartenenti a razza e comunità nera tutti i meticci nati dopo la proclamazione del razzismo di Stato, di considerare « bianchi » i meticci già riconosciuti dai padri italiani, di lasciare un varco per l'acquisizione della cittadinanza a coloro che erano nati prima delle leggi e che potevano dimostrare una percentuale di appartenenza antropologica alla « razza bianca » e l'acquisizione dei fondamenti della cultura italiana.

Dalle leggi si comprende quindi che il razzismo istituzionale riusciva ormai a questa data a proiettare il suo cono d'ombra su tutti gli aspetti della vita in colonia (e sugli africani presenti nel

(21) N. MARCHITTO, *La difesa della razza nell'impero: il problema dei meticci*, Napoli, Guf Mussolini, 1939, pp. 31, 33, 49.

(22) L. GOGLIA, *Una diversa politica razziale in un documento inedito di Alberto Pollera del 1937*, in « Storia contemporanea », XVI, 1987, 5-6; G. GABRIELLI, *Un aspetto della politica razzista nell'impero: il "problema dei meticci"*, in « Passato e presente », XV, 1997, 41, pp. 94-105; B. SORGONI, *Parole e corpi*, cit., pp. 207-216.

territorio metropolitano (23)), ma in special modo prendeva di mira la questione delle unioni miste.

Allargando ancora lo sguardo, cercando di abbracciare una dimensione ancora più ampia del quadro razzista della fine degli anni Trenta abbiamo davanti agli occhi la realtà sociale e concreta della vita quotidiana in colonia. Progressivamente questa vita veniva riorganizzata secondo i dettami rigidi della segregazione. Nelle città ricostruite sorgevano quartieri per indigeni e quartieri per bianchi, magari collegati da « strade per indigeni » come recita la carta della nuova Addis Abeba inclusa negli « Annali dell’Africa Italiana » (24); dove fu possibile vennero separati i trasporti così come i mercati tanto che l’accesso al mercato indigeno richiedeva un particolare permesso al bianco; sorsero negozi, locali per il divertimento, cinema, parchi giochi dedicati razzialmente. Ovviamente la separazione e la diversificazione rimase e si irrigidì ulteriormente dove era presente da sempre come nella scuola, nella sanità e nell’esercito, ambiti nei quali era sempre parso “naturale” ai colonizzatori mantenere una distinzione di ambiti, livelli e prerogative. Aspetti cruciali come quello dello sport e dell’educazione fisica furono rideclinati secondo le nuove coordinate: ogni attività che vedeva coinvolti atleti italiani era interdetta agli atleti di colore e l’attività sportiva degli indigeni veniva organizzata dai colonizzatori in luoghi e tempi separati da quelli dei bianchi per motivi di « prestigio razziale ». Se ciò non costituiva una grossa novità nel Corno d’Africa, fu invece un elemento di forte discontinuità in Libia. Qui ad una separazione netta tra « cittadini » e « arabi » — sia ebrei che musulmani — voluta da Badoglio nei primi anni Trenta era succeduta una stagione inclusiva voluta da Italo Balbo e limitata agli arabi inquadrati nelle organizzazioni del regime; la forza di impatto della stagione del razzismo di Stato rimise in discussione questa consuetudine nonostante i tentativi esercitati dallo stesso Italo Balbo per ottenere da Mussolini una parziale eccezione: il campio-

(23) Cfr. G. GABRIELLI, *Africani in Italia negli anni del razzismo di Stato*, in *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d’Italia 1870-1945*, a cura di A. Burgio, Bologna, il Mulino, 1999.

(24) *Il piano regolatore di Addis Abeba secondo le modifiche proposte dal municipio*, in « Gli Annali dell’Africa Italiana », II, vol. IV, 1939, p. 374.

nato di calcio misto — senza ufficiali giustificazioni — fu così interrotto nel 1938 e quello successivo vincolò il tesseramento degli atleti al possesso della cittadinanza italiana (25).

7. *Limiti e resistenze.*

Poiché la costruzione della separazione fu un impegno progressivo della durata di quattro anni e, come mostrato, si rivolse in parte contro consuetudini consolidate (in alcuni casi altrettanto razziste), i risultati non apparvero agli uomini del regime sempre ottimali. Ma i limiti nella velocità di costruzione di questa società segregata non furono tanto dovuti ai dubbi di natura politica (che pure esistevano in alcuni ambienti coloniali, ma che rimasero marginalizzati), quanto alle scarse disponibilità economiche e alla dimensione delle problematiche organizzative; questo intendeva rimarcare il viceré Amedeo di Savoia nella lettera del 3 ottobre 1938 in cui riassumeva le misure adottate (repressioni degli atti contro il prestigio di razza, rimpatrii, espulsioni, sviluppo di organizzazioni e di locali solo per italiani) ma ricordava il vero limite al raggiungimento dei fini prefissi: « per quanto riguarda Addis Abeba ottenere effettivo distacco tra italiani ed indigeni è, date attuali condizioni edilizia, praticamente un'utopia » (26). Quasi due anni più tardi, in una lunga lettera, ancora al Ministero, egli tentò di analizzare quella che definiva la « piaga più dolorosa per il nostro prestigio di razza, dannosa al punto da annullare, forse, tutto quanto si fa in altri campi per affermarlo »: si trattava ancora della carenza di abitazioni, per i bianchi e le loro famiglie, che rispondessero alle esigenze della netta separazione dagli indigeni: tale situazione « ha portato i nazionali a inserirsi ovunque e comunque trovassero un buco in questa immensa città indigena ». E Amedeo

(25) *La Menzogna della Razza*, a cura del Centro Furio Jesi, Bologna, Grafis, 1994, pp. 295-296. Una trattazione articolata nel saggio inedito G. GABRIELLI, *L'attività sportiva nelle colonie italiane durante il fascismo*.

(26) Telegramma del viceré Amedeo di Savoia a Ministero dell'Africa italiana, 3 ottobre 1938, MAE, Ministero Africa Italiana, carte Gabinetto, b. 70.

di Savoia aggiungeva: « questa piaga travaglia (seppure in molto minor misura) tutti i centri nazionali dell'A.O.I. » (27).

In pratica il progetto di separazione tra le due comunità, che ormai era arrivato a prevedere colloqui per una organizzazione di spazi distinti anche nelle chiese, si realizzò in modo parziale. Da una parte, soprattutto nel Corno d'Africa, la mancanza di fondi ne rallentò la costruzione, dall'altra abitudini consolidate nella popolazione bianca come quelle del madamato costituiscono una resistenza non indifferente all'irreggimentamento dei comportamenti. D'altronde queste resistenze non erano espresse in nome dell'antirazzismo, ma per l'affermazione di un razzismo diverso, intriso di superiorità di fatto e di sessismo e ben esemplificato dalla pratica del 'madamato', organico alla vita sociale sedimentata nella società coloniale nei primi cinquant'anni di esistenza. L'entrata del fascismo nel secondo conflitto mondiale e la rapida perdita dei possedimenti d'oltremare interruppero ogni processo: la segregazione imperiale del fascismo rimase il terribile inizio di un progetto incompiuto.

(27) Telegramma del viceré Amedeo di Savoia a Ministero dell'Africa italiana, 29 marzo 1940, MAE, Ministero Africa Italiana, carte Gabinetto, b. 70.

ALESSANDRO TRIULZI

LA COLONIA COME SPAZIO DI ESCLUSIONE

Ce que le très chrétien bourgeois du XXe siècle ne pardonne pas à Hitler, ce n'est pas le crime en soi, ce n'est pas l'humiliation de l'homme en soi, c'est le crime contre l'homme blanc... d'avoir appliqué à l'Europe des procédés colonialistes dont ne relevaient jusqu'ici que les Arabes, les coolies de l'Inde et les nègres d'Afrique.

AIMÉ CÉSAIRE, *Discours sur le colonialisme* (1955)

1. La situazione coloniale. — 2. La città coloniale come spazio di esclusione. — 3. Un caso esemplare: il 'campo cintato' di Asmara.

1. *La situazione coloniale.*

Se il fine ultimo di ogni 'situazione coloniale' è « l'assoggettamento dei popoli arretrati arcaici o primitivi »⁽¹⁾, esso riflette storicamente il graduale percorso di inglobamento di aree periferiche del mondo nel *main stream* del modello occidentale, una tappa importante nel processo di mondializzazione che vede nella conquista dell'America (ovvero nella 'scoperta dell'altro' iniziata nel 1492) il primo passo nella direzione di una progressiva occidentalizzazione del mondo⁽²⁾. Tale opera di assoggettamento ha avuto importanti conseguenze non solo per le popolazioni assoggettate, ma per le stesse potenze amministratrici e per il formarsi del loro ethos collettivo, nonché per la traumatica crescita dello stato

(1) Cfr. G. BALANDIER, *Sociologie actuelle de l'Afrique noire*, Paris, PUF, 1963. Si veda in particolare il cap. 1: "La notion de 'situation coloniale'".

(2) Cfr. T. TODOROV, *La conquista dell'America. Il problema dell' 'altro'*, Torino, Einaudi, 1982; S. LATOUCHE, *L'occidentalizzazione del mondo*, Torino, Bollati-Boringhieri, 1992.

post-coloniale e delle sue istituzioni democratiche ⁽³⁾. Non è mia intenzione mettere qui in evidenza la complessa messa in opera di apparati amministrativi e istituzionali che avevano il compito, in ogni amministrazione coloniale, di mediare le esigenze della madrepatria con quelle della colonia ⁽⁴⁾. Vorrei piuttosto mettere in luce le differenti modalità di appartenenza che la potenza amministratrice garantiva ai suoi cittadini in colonia negando al contempo alle popolazioni autoctone gli stessi diritti e assicurando così il radicarsi della ‘situazione coloniale’ e dei suoi codici *mentali*, prima ancora che giuridici. Queste prassi di ‘eccezionalità’ dalla norma in qualche modo anticipavano infatti e mettevano in pratica modalità di esclusione dalla cittadinanza — e di razzializzazione dei diritti — che contenevano i prodromi di future politiche discriminatorie da parte dei regimi totalitari tra le due guerre ⁽⁵⁾.

La *diversità* coloniale, nel suo intrecciarsi di rapporti tra popolazione africana e popolazione europea, ognuna caratterizzata da diversi livelli di sviluppo e di accesso alla modernità, eppure codificate entrambe su una rigida base razziale di appartenenza, ha costituito lo *spazio di esclusione* tipico di ogni situazione coloniale e della sua azione differenziata all’interno di un unico territorio retto da un medesimo ordinamento. Sotto questo aspetto la colonia, ogni colonia, in qualche modo *anticipa* quello ‘spazio di eccezione’ normativo e di negazione dei diritti della persona che Giorgio Agamben, sulla scia dell’analisi di Carl Schmitt, ha definito con il nome di ‘campo’ interpretando quest’ultimo come « il paradigma

⁽³⁾ Si veda J. HERBST, *States and Power in Africa. Comparative Lessons in Authority and Control*, Princeton, Princeton University Press, 2000; M. MAMDANI, *Citizen and Subject. Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, Princeton, Princeton University Press, 1996.

⁽⁴⁾ Sostanzialmente ‘agevolare lo sfruttamento dei territori oltremare’ e ‘garantire l’ordine nella società autoctona’. Cfr. N. LABANCA, *Oltremare. Storia dell’espansione coloniale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 331.

⁽⁵⁾ In realtà il governo della colonia rappresentava — particolarmente nel caso italiano — una appendice anomala e debole del governo metropolitano, i cui poteri e diritti (inclusi quello della rappresentanza politica e della autonomia finanziaria e giurisdizionale) erano costantemente limitati e ‘governati’ dal centro anche prima dell’avvento del fascismo. Cfr. LABANCA, *Oltremare*, cit., pp. 330-334; G. BARRERA, *Mussolini’s colonial race laws and state-settler relations in Africa Orientale Italiana (1935-41)*, in «Journal of Modern Italian Studies», 8, 2003, 3, pp. 425-443.

nascosto dello spazio politico della modernità » (6). Ogni forma di ‘campo’, secondo Agamben, nasce non dal diritto ordinario ma dallo stato di eccezione: « Il campo è lo spazio che si apre quando lo stato di eccezione comincia a diventare la regola [...] esso inaugura un nuovo paradigma giuridico-politico, in cui la norma diventa indiscernibile dall’eccezione » (7). Esso pertanto è il luogo dove « tutto è possibile » non perché non esista un sistema di norme ma perché tali norme vengono disapplicate o applicate in modo difforme nei confronti di una parte della popolazione. Dunque, scrive Agamben, « dovremo ammettere allora che ci troviamo virtualmente in presenza di un campo ogni volta che viene creata una tale struttura, indipendentemente dall’entità dei crimini che vi sono commessi e qualunque ne siano la denominazione e la specifica topografia » (8).

Alla base di ogni sistema coloniale vi è una serie più o meno esplicita di linee di esclusione e separazione delle comunità amministrative, caratterizzate rispettivamente dalla diversa e in qualche modo ‘minore’ appartenenza dei coloni alla società nazionale, e dalla non piena appartenenza dei colonizzati alla società coloniale. Tali linee divisorie separano e in qualche modo escludono la società coloniale dalle garanzie di diritti riconosciute in patria e, all’interno della società coloniale, articolano diritti e doveri delle varie componenti che vivono in colonia secondo aspettative di comportamento e strutture di obbedienza e/o adesione differenziate. Qui gli unici ‘cittadini’ sono coloro che appartengono o vengono percepiti come appartenenti, alla ristretta comunità dei colonizzatori, cioè i coloni bianchi, i cui diritti e garanzie personali sono peraltro definiti solo dalle leggi del governo centrale, mentre i ‘sudditi’ riuniscono varie fasce di colonizzati ‘di colore’ (popolazioni autoctone, minoranze straniere immigrate, meticci) ognuna caratterizzata da diritti che riflettono i diversi livelli di *assimilazione* e di vicinanza agli standard di vita e alle esigenze produttive e di governo dei colonizzatori (9).

(6) Cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995, p. 135.

(7) Ivi, p. 188.

(8) Ivi, p. 195.

(9) Sulla confusione dei codici giurisprudenziali in colonia nei confronti delle

Queste faglie di cittadinanza differenziata hanno lasciato una pesante eredità di discriminazione normativa in molte ex-colonie, e sono alla base oggi di molte teorie e prassi *differenzialiste* che si vogliono applicare nei confronti degli stranieri ⁽¹⁰⁾ per contrastare le diffuse forme di alterità presenti nelle nostre società a seguito dei massicci flussi migratori degli ultimi venti anni. La permanenza della distinzione tra *cittadini* e *sudditi*, e la appartenenza o la esclusione dalla comunità 'nazionale', costituisce oggi uno dei problemi chiave della contemporaneità in Europa non meno che in Africa: non si tratta solo di una distinzione giuridico-formale, ma implica il coagularsi di strutture identitarie di inclusione o di esclusione per chi non appartiene alla comunità nazionale, e si vede attribuire spazi di vita e di crescita politico-culturale ed economica che sono limitati da diritti di residenza o di sangue, introducendo negli ordinamenti statali derive differenzialiste di democrazia incompiuta e di esclusione di cittadinanza ⁽¹¹⁾. Mi si permetta pertanto di cercare di approfondire sia pure brevemente la natura della esclusione coloniale, un aspetto non certo minore della situazione coloniale che ha pesato a lungo e continua a incidere ancora oggi nelle scelte politiche e istituzionali dell'Africa contemporanea.

La colonizzazione, nell'analisi di Balandier, è un sistema totalizzante ('un fenomeno sociale totale') che risulta dalla rete di rapporti che si creano tra comunità caratterizzate da livelli differenziati di diritti. Ma a livello sociologico, la colonia è segno di una subordinazione istituzionale: una minoranza di origine europea si impone con la forza su una maggioranza indigena; in altri termini,

varie comunità residenti, si veda la messa a punto di L. MARTONE, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Napoli, Jovene, 2002. Sulla costruzione di gerarchie razziali in Eritrea, v. G. BARRERA, *The Construction of Racial Hierarchies in Colonial Eritrea. The Liberal and Early Fascist Period (1897-1934)*, in *A Place in the Sun. Africa in Italian Colonial Culture from Post-Unification to the Present*, a cura di P. Palumbo, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press, 2003, pp. 81-115.

⁽¹⁰⁾ Si vedano i vari contributi contenuti nel fascicolo di «La critica sociologica», n. 89, 1989, dedicato agli stranieri tra noi.

⁽¹¹⁾ Cfr. G. MARRAMAO, *Passaggio a occidente. Filosofia e globalizzazione*, Milano, Bollati Boringhieri, 2003. Per l'Africa, vedi le stimolanti riflessioni in MAMDAMI, *Citizen and Subject*, cit.

una minoranza *numerica* si erge a maggioranza *sociologica*. È questa la ‘situazione coloniale’ tipo ⁽¹²⁾. La giustificazione di tale anomalia si basa tradizionalmente su una serie di razionalizzazioni (‘superiorità’ della razza ‘bianca’; incapacità degli indigeni di autogovernarsi o di valorizzare le risorse naturali dei loro territori; diversità innata delle popolazioni indigene percepite come portatrici di malattie e di regresso per la popolazione dominante) che hanno sorretto, e in qualche modo legittimato, la strutturazione del potere in colonia. Di qui la necessità di chiedersi se il dominio coloniale, lungi dal cooptare le popolazioni assoggettate nell’orbita del progresso e della modernità e di includerle nella più ampia civiltà umana, non abbia contribuito a trasmettere criteri di esclusione e di differenziazione del corpo politico e sociale che erano già interni e radicati nelle strutture di potere e organizzative dei portatori di civiltà.

Poiché principi di segregazione e di esclusione razziale informano tutti i sistemi coloniali, la parentela del colonialismo con altre forme di sistemi totalizzanti è stata segnalata da tempo ⁽¹³⁾. In tale senso la genealogia coloniale dell’Europa è una componente imprescindibile della fisionomia politico-culturale del ‘campo’ inteso come spazio di eccezione e snodo simbolico delle pratiche di dominio del Novecento ⁽¹⁴⁾. Personalmente non ritengo, come vuole Enzo Traverso, che il ‘campo coloniale’ sia parte integrante della genealogia di sterminio che porta a Auschwitz, ma è certo che la logica di dominio e di prevaricazione verso popolazioni considerate inferiori, da sfruttare e manipolare fino al totale assoggettamento dei corpi e delle menti, e pertanto da escludere in quanto

⁽¹²⁾ BALANDIER, *Sociologie actuelle de l’Afrique noire*, cit., pp. 1-18.

⁽¹³⁾ Si veda H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1996. Le riflessioni della Arendt sull’imperialismo coloniale sono contenute nella seconda sezione del cap. VIII. Cfr. Hannab Arendt. *L’immagine dell’inferno: scritti sul totalitarismo*, a cura di F. Fistetti, Roma, Editori Riuniti, 2001. Si veda anche *Le livre noir du colonialisme XVIe-XXIe siècle: de l’extermination à la repentance*, a cura di M. Ferro, Paris, Robert Laffont, 2003, p. 9.

⁽¹⁴⁾ E. TRAVERSO, *La violenza nazista*, Bologna, Il Mulino, 2002. L’argomento è ripreso da Leonardo Paggi e Marcello Flores nel dibattito organizzato presso il Centro di Documentazione sui campi di concentramento “Villa Oliveto” nella giornata di studio del 12 dicembre 2002 dedicata a *La tipologia storica del Campo. Un’analisi comparata*, Dispensa a cura dell’Associazione per la storia e le memorie della Repubblica, pp. 30-34.

cittadini a pieno titolo, è nella natura e nel senso stesso del rapporto coloniale. All'origine di questa logica di esclusione — che è insita nell'ideologia e nella prassi del 'campo' — è la razionalizzazione di un rapporto di potere tra popolazioni disuguali, considerate distinte per razza e civiltà, ma soprattutto per livelli di ricchezza, sapere tecnologico e potere delle armi. Le differenti filosofie che presiedono alle varie teorie di amministrazione coloniale — sia quelle che considerano le popolazioni indigene come appartenenti a razze — bambine (*child-race*) bisognose di temperarsi gradualmente nell'orbita della civiltà bianca attraverso processi di assimilazione e di de-indigenizzazione, sia quelle che le considerano come *razze-pericolose* nella loro diversità di usi e costumi, e dunque da tenere lontane e separate attraverso varie forme di governo indiretto e 'a distanza', finiscono entrambe per avviare processi di 'sviluppo separato' o *apartheid* che servono a legittimare lo sfruttamento intenso e spesso feroce di manodopera locale e di disumanizzazione delle popolazioni 'indigene' cui vengono negati diritti di base, stravolti i precedenti rapporti sociali, e imposti seri limiti alla libertà di azione e di movimento.

Nell'universo separato che viene imposto in colonia, nella ambigua realtà di coabitazione tra culture a contatto che si incrociano senza mescolarsi, maggioranza indigena e minoranza europea sono assoggettate entrambe a comportamenti prescrittivi di reciproca esclusione e di rigorosa delimitazione di ruoli e funzioni che ne caratterizzano le appartenenze, dettando norme di legge e prescrizioni che codificano e danno visibilità non solo alla differenza tra 'cittadini' e 'sudditi' ma, al loro interno, tra una élite abbiente di proprietari, alti funzionari e professionisti e una maggioranza di lavoratori, contadini e *petits blancs* ⁽¹⁵⁾, tra privilegiati e emarginati. La società coloniale in questo senso prefigura una delle dimensioni chiave del nostro tempo, il crescente stacco di ricchezza e potere tra i pochi e i molti. Le differenze all'interno sia del gruppo dei coloni-cittadini che dei loro sudditi coloniali sono infatti immani e vistose, i due insiemi suddividendosi a loro volta

⁽¹⁵⁾ Cfr. N. LABANCA, *Posti al sole. Diari e memorie di vita e di lavoro delle colonie d'Africa*, Rovereto, Museo storico italiano della Guerra, 1999; Id., *Oltremare*, cit., pp. 403-411.

in sottogruppi che rappresentano diverse articolazioni di ricchezza e potere in cui ognuno trova o riceve una sua collocazione che è funzionale al pieno manifestarsi della 'situazione coloniale'.

Così funzionari e militari europei, grandi e piccoli *settler*, missionari e commercianti, artigiani o operai, tutti appartenenti alla società dominante, rappresentano gruppi caratterizzati da forte disomogeneità (di standard, di aspettative, di valori) al loro interno e da visibili differenze di ruoli e di *status* che, se da un lato replicano le strutture sociali delle rispettive madrepatrie, dall'altro costituiscono i pilastri di sostegno della società coloniale e delle sue comunità gerarchizzate e isolate tra loro, chiuse ognuna nei rispettivi ruoli di privilegio e dominio. Eppure, in quanto espressione collettiva del 'governo dei bianchi', essi costituiscono tutti indifferenziate — e vengono percepiti dalla popolazione locale — come un blocco unico che si arrocca nella peculiare 'rendita di posizione' che deriva loro dalla comune origine europea. Di riflesso, la comunità *bianca* proietta le sue ansie di insicurezza e dominio sulla società *indigena* vedendola come un tutt'uno indifferenziato. In realtà sia la società bianca che quella indigena sono entrambe due 'comunità immaginate' ⁽¹⁶⁾ che costruiscono prassi di esclusione influenzate dai rispettivi ruoli e funzioni che regolano i reciproci rapporti. Queste 'comunità immaginate' interagiscono sulla base delle rappresentazioni che ognuna si fa dell'altra, auto-identificandosi nei rispettivi universi di appartenenza attraverso codici di comportamento che ognuna desume dalle previste o temute reazioni dell'altra. Il risultato è un pervasivo *ordine* coloniale — la società coloniale è una società meticolosamente pre-ordinata — che presiede ai rapporti sociali senza mai riuscire, a causa delle continue tensioni e dinamiche tra i gruppi, a dare un senso di appartenenza alla collettività nel suo insieme. Essa pertanto si serve di strutture di contenimento (fisiche e mentali) basate su leggi, decreti e prescrizioni di comportamento che consolidano i reciproci rapporti di esclusione e rafforzano le prassi quotidiane di dominio e di assoggettamento.

Tali prassi vengono ulteriormente indurite in occasione di crisi

⁽¹⁶⁾ Cfr. B. ANDERSON, *Comunità immaginate*, trad. ital., Roma, Manifesto Libri, 1996 (1983).

militari, di insurrezioni, di guerre. Si può discutere, come scrive Agamben, se la prima apparizione dei campi sia da identificarsi nei *campos de concentraciones* creati dagli spagnoli a Cuba nel 1896 per reprimere l'insurrezione nella colonia o nei *concentration camps* in cui vennero ammassate le famiglie dei ribelli boeri durante l'omonima guerra condotta dalla Gran Bretagna in Sudafrica (1898-1902), quando alcune decine di migliaia di boeri, soprattutto donne e bambini, vennero internati (28000 di loro moriranno nei campi inglesi⁽¹⁷⁾) come arma di pressione sulla conduzione della guerra. Ma è un dato di fatto che l'attuazione dei primi 'campi cintati', sia sotto forma di contenimento della popolazione indigena, che sotto forma di reclusione di gruppi (non necessariamente 'indigeni') considerati ostili all'amministrazione coloniale, hanno avuto luogo storicamente in contesti coloniali: « ciò che qui importa è che, in entrambi i casi, si tratta dell'estensione a un'intera popolazione civile di uno stato di eccezione legato a una guerra coloniale »⁽¹⁸⁾.

Guerra e occupazione coloniale — ma anche gravi periodi di crisi economica — 'giustificano' pertanto provvedimenti restrittivi e 'di emergenza' che molte potenze coloniali mettono in atto prima e dopo la seconda guerra mondiale, dalla deportazione e internamento in campi di detenzione di soggetti pericolosi (popolazioni nomadi, ebrei, gruppi considerati ostili) istituiti in Cirenaica dall'Italia negli anni 1930-32, alla reclusione e repressione di *mujaheddin* e membri del FLN che le autorità coloniali francesi attuano in Algeria per demotivare la lunga guerra di liberazione tra il 1954 e il 1962, fino ad arrivare alle pratiche repressive e concentrazionarie del governo britannico in Kenya alla metà degli anni '50 che arriva a domare la ribellione dei Mau Mau solo internando i Kikuyu e svuotando i centri urbani della popolazione ritenuta maggiormente responsabile della rivolta⁽¹⁹⁾.

(17) Cfr. L. THOMPSON, *A History of South Africa*, Revised edition, New Haven and London, Yale University Press, 1999, p. 143.

(18) AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 185.

(19) Negli anni 1954-55, l'Operazione Anvil di 'pulizia' coloniale condotta sotto l'egida delle leggi di emergenza decretate dal governo in Kenya conduceva all'internamento di più di 200.000 sospetti e allo spostamento di più di un milione di Kikuyu in 800 villaggi fortificati. Cfr. C. ELKINS, J. LONSDALE, *Ricordare i Mau Mau. Conflitti di memoria nel Kenya postcoloniale*, in *Dopo la violenza. Conflitti di memoria*

Ma guerra e repressione non sono i soli terreni di attuazione dei ‘campi’ coloniali, e il paradigma di esclusione e di negazione della umanità ‘altra’ va valutato non solo nei suoi momenti di crisi, e nelle sue eccezioni guerresche o stati di emergenza (che pure traumatizzano il rapporto coloniale e ne fanno ambiguo segno di fondazione del ‘campo’), ma va analizzato nel suo svolgimento quotidiano, nella banale normalità del *vivere* in colonia, specie nei momenti e nei luoghi — i centri urbani — dove più frequente era il contatto e l’incontro quotidiano tra popolazione europea e popolazione indigena.

2. *La città coloniale come spazio di esclusione.*

Lo spazio urbano rappresenta in colonia i segni più evidenti dell’incontro coloniale e della progressiva messa in atto di codici di esclusione. Se la funzione centrale della città coloniale è quella di controllo politico della gerarchia di rapporti tra colonizzati e colonizzatori, la prima forma di questo controllo è proprio l’organizzazione dello spazio urbano. Tutte o quasi le manifestazioni urbane dell’Africa coloniale (con eccezione di città quali Addis Abeba, Harar o Tananarive dove la brevità del periodo di occupazione o l’impermeabilità della società indigena alle direttive coloniali non hanno permesso lo smantellamento della *città indigena* e la sua chiara distinzione dal quartiere europeo) sono caratterizzate da livelli più o meno marcati di segregazione urbana, cioè dalla tendenza a organizzare lo spazio in zone contrapposte di forte omogeneità sociale interna e di forte disparità abitativa e comportamentale all’esterno ⁽²⁰⁾.

nel mondo contemporaneo, a cura di A. Triulzi, Napoli, L’ancora del mediterraneo, 2005, pp. 159-196. V. anche D. ANDERSON, *Britain’s Dirty War in Kenya and the End of Empire*, London, Weidenfeld, 2005; C. ELKINS, *The Brutal End of Empire in Kenya*, London, Cape, 2005.

⁽²⁰⁾ Si veda A. TRIULZI, *La città africana moderna*, in *Modelli di città. Strutture e funzioni politiche*, a cura di P. Rossi, Torino, Edizioni di Comunità, 2001, pp. 471-487. Si veda inoltre *Colonial Cities. Essays on Urbanism in a Colonial Context*, a cura di R. Ross e J. Telkamp, Leiden, Leiden University Press, 11985; C. COQUERY-VIDROVITCH, *Histoire des villes d’Afrique noire des origines à la colonisation*, Paris, Albin Michel, 1993; D. ANDERSON, *Africa’s Urban Past*, Oxford, J. Currey, 2000.

La segregazione spaziale in colonia ha assunto forme differenti che vanno dalla creazione di un rigido 'cordone sanitario' intorno alla città europea per impedire agli africani di risiedere nelle zone riservate ai bianchi, come nei casi di Nairobi o di Léopoldville (oggi Kinshasa), alla netta separazione amministrativa tra i due agglomerati urbani, quello residenziale europeo e quello tradizionale africano, come nel caso di Kampala prima della Grande Guerra, o alla separazione mediante un vero e proprio muro di contenimento, come per la Medina di Dakar dopo la peste del 1914, o infine alla semplice adozione di principi di amministrazione urbana differenti per le due comunità, quella europea e quella indigena, che di fatto condiziona le scelte residenziali degli abitanti, come nel caso di Lagos o Accra. Vale la pena osservare che tali prassi di segregazione vengono ugualmente attuate all'interno di teorie amministrative apparentemente divergenti (l'amministrazione indiretta' britannica, l'assimilazione' nelle colonie francesi, ecc.), senza dover cioè ricorrere a legislazioni di carattere specificamente razziale come è avvenuto nel caso più noto del Sudafrica ⁽²¹⁾.

Le motivazioni, o se si vuole, le giustificazioni della segregazione attuata dai governi coloniali sono state prevalentemente due: la prima è la c.d. 'sindrome sanitaria', il timore cioè che l'insalubrità della vita indigena intaccasse la salute della popolazione europea specialmente a seguito di crisi sanitarie come, ad es., la peste bovina seguita da una devastante carestia negli anni 1888-92 in Africa orientale o quella occorsa in Africa occidentale nel 1914; la seconda motivazione era dovuta alla tendenza delle autorità coloniali a considerare gli africani in genere come masse indifferenziate di contadini inurbati, 'stranieri in città', la cui permanenza nel contesto urbano era da ritenersi del tutto temporanea e solo in funzione dell'offerta di lavoro fornita dalle necessità produttive.

In realtà la segregazione dello spazio urbano ha una sua valenza politica ben precisa in colonia: essa riflette una gerarchia di rapporti che le strutture urbane hanno lo scopo di richiamare *simbolicamente* nella vita di tutti i giorni, e che sono viste come garanzia di

⁽²¹⁾ Cfr. T. RANGER, *L'invenzione della tradizione nell'Africa coloniale*, in *L'invenzione della tradizione*, a cura di E. J. Hobsbawm e T. Ranger, Torino, Einaudi, 1994², pp. 203-251.

preservazione dell'identità e degli interessi della popolazione europea — del suo essere 'maggioranza sociologica' pur essendo nel contesto coloniale 'minoranza numerica'. L'organizzazione dello spazio urbano è dunque simbolo e luogo di lettura dell'ambiguo rapporto di dominazione che si stabilisce tra società coloniale e società colonizzata. La 'sindrome' che essa esprime va ben oltre quella igienico-sanitaria: è il timore, più o meno cosciente, che la gerarchia si ristabilisca secondo un puro criterio numerico. Pertanto la distanza sociale imposta dalla segregazione non tende soltanto a limitare i contatti con la società indigena intorno all'unico rapporto considerato necessario, quello del lavoro, ma tende a simboleggiare un rapporto ideologico di dominio spesso mutuato dal modello tradizionale di autorità vigente nel territorio: così il palazzo di governo in colonia è posto preferibilmente in collina (dal *ghebbi* di Menelik a Addis Abeba al Palazzo del Governatore all' Asmara); gli alti funzionari coloniali 'scendono' in città o tra la folla soltanto in occasione di raduni e incontri ufficiali, devono essere visti da lontano, preferibilmente in abiti da cerimonia, vale a dire nella massima espressione simbolica di potere e prestigio che era alla base della istituzione e fortemente *inventata* 'tradizione coloniale'.

Nei confronti della società indigena la città coloniale è dunque chiamata a svolgere un'importante azione di *ri-socializzazione*, specialmente nel caso di gruppi provenienti dalle zone rurali dell'interno, il cui accesso in città deve essere controllato: il nuovo immigrato viene così introdotto in una struttura sociale gerarchizzata di cui la città coloniale è la rappresentazione spaziale, e i cui riferimenti urbanistici costituiscono precisi richiami politici. I rapporti di dominazione coloniale sono così definiti, o per meglio dire compiuti, in quanto la città segregata offre il quadro di riferimento politico entro cui tali rapporti, e le loro complesse dinamiche, si svolgeranno. La prima di queste dinamiche è la divisione a compartimenti del mondo coloniale di cui la città, con la sua arbitraria separazione tra nucleo europeo e popolazione indigena, è la massima espressione: è qui che le due comunità si contrappongono e si respingono, anche quando si incontrano, pubblicamente cristallizzate in un sistema prescrittivo di norme, funzioni, ruoli e aspettative di comportamento che sono dettate dall'appartenenza di fatto

e di diritto all'una o all'altra 'città' (22). L'evasione individuale o di gruppo di tali norme e aspettative, su cui hanno insistito molti storici in particolare della colonizzazione italiana, non rende gli incontri meno violenti e più liberi (23).

In effetti nessuno dei due termini di questa dicotomia urbana è omogeneo; non lo è la comunità europea, divisa al suo interno in gruppi distinti e non meno separati (alti funzionari di governo, grande borghesia degli affari, militari, addetti ai servizi, lavoratori urbani, 'petits blancs', ecc.), ognuno chiuso all'altro con proprie politiche di rapporti tra loro e con la società 'indigena', con diverse risposte agli assetti futuri della colonia che si avvia all'indipendenza, in qualche modo disugualmente distanti dalla popolazione locale, eppure cristallizzati e compatti nel proprio ruolo prescrittivo di appartenenza al gruppo dominante. E non lo è neppure la società colonizzata, eterogenea e divisa per luogo di nascita, estrazione sociale, origine etnica, e per il diverso ruolo che svolge all'interno della società coloniale, con grandi fratture di fondo tra élites tradizionali (*men of power*, capi, notabili) e élites acculturate (*men of education, commoners, évolués*), tra 'garantiti' comunque da un impiego nella 'città bianca' e masse di disoccupati in cerca di lavoro, tra componenti africane e non-africane (asiatiche, vicino e medio-orientali) della assai composita popolazione cittadina. Questi diversi poli sociali, distinti e differenziati tra loro, costretti a coesistere nello stesso quadro politico, non formano e non possono dare vita a una 'comunità' cittadina. Queste fratture non mancheranno di confluire, a indipendenza ottenuta, in altrettanti comparti di rivalità etnico-sociali e di strutture differenziate di privilegio.

L'eredità della città coloniale non mancherà di incidere sullo sviluppo dei centri urbani all'indomani dell'indipendenza. Sia a livello interno che a livello esterno la città post-coloniale è l'erede diretta del sistema di esclusione e di non appartenenza che ha presieduto la sua nascita. A livello interno, la permanenza della dicotomia urbana vedrà, al momento dell'indipendenza, i nuovi

(22) Classica è la descrizione di Frantz Fanon della 'città bianca' abitata dai *pièds-noirs*, e di quella 'indigena', senza strade e latrine, abitata da gente che andava a piedi nudi. Cfr. il suo *I dannati della terra* recentemente ripubblicato da Einaudi (2003).

(23) Sull'argomento si veda BARRERA, *The Construction of Racial Hierarchies*, cit.

quadri dirigenti prendere il posto degli ex-funzionari coloniali abbandonando le case e imitandone i comportamenti, giacché i simboli e le manifestazioni non soltanto della tecnologia occidentale ma del sistema di potere e della esibizione di status, ereditato dal regime precedente, rimangono a tutt'oggi concentrati nell'ex-settore europeo, divenuto ora settore di governo. A livello esterno la permanenza di città 'estravertite' continuerà a rallentare la crescita economica e i processi di maturazione democratica di governi apparentemente impossibilitati o poco inclini a districarsi da scelte di carattere neo-coloniale e di corruzione interna (24).

3. *Un caso esemplare: il 'campo cintato' di Asmara.*

La nascita e lo sviluppo della città di Asmara, capitale dell'Eritrea, già 'colonia primogenita' dell'Italia e cartina di tornasole del suo successo urbano d'oltremare, può aiutarci a riflettere sui modelli di esclusione e di gerarchizzazione dello spazio urbano che l'Italia ha attuato in colonia fin dagli inizi.

In una tavola rotonda riunita nel mese di dicembre 1994 intorno a una Mostra sui modelli urbani degli anni Trenta che metteva in luce la 'vicinanza progettuale' tra il 'modello Latina' delle città Pontine e i piani regolatori delle città italiane dell'Africa orientale, il diplomatico eritreo Hailé Ogbazchi ricordava che la pianificazione della sua città, Asmara, « non e[ra] avvenuta in maniera indolore nei confronti della popolazione [locale] ». E così proseguiva: « Asmara non è un bosco fiorito, come si dice in varie espressioni. Asmara è un luogo di dolore a causa dell'espropriazione di villaggi che la circondavano [...]. Asmara è una città che si sta sviluppando in maniera spaventosa. È già in atto il problema di quale edificio conservare nella cosiddetta 'zona europea', quella che si chiama nel progetto di Cavagnani o Cafiero "COMBUSC-

(24) Si veda *State, Power, and New Political Actors in Postcolonial Africa*, a cura di A. Triulzi e M.C. Ercolessi, Annali della Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 38 (2002), Milano, Feltrinelli, 2004; J-F BAYART, *L'Etat en Afrique: la politique du ventre*, Paris, Fayard, 1989; P. CHABAL, J-P DALOZ, *Africa Works: Disorder as Political Instrument*, Oxford, J. Currey, 1999; *State, Conflict and Democracy in Africa*, a cura di R. Joseph, Boulder, Col., Lynne Rienner, 1999.

stato”, che significa ‘campo cintato’. Infatti nelle zone europee, in alcuni periodi, non era permesso l’ingresso agli Eritrei, se non muniti di tesserino con il quale dimostravano di lavorare con una famiglia italiana » (25).

Anche se la ‘separazione netta ed assoluta tra le due razze’, verrà applicata solo con le leggi razziali del fascismo a partire dal 1937 (26), il riferimento al ‘campo cintato’ come zona europea di Asmara solleva il problema della segregazione urbana e del razzismo diffuso, oltre a quello istituzionale, che ha caratterizzato la presenza italiana in colonia (27), per Ogbazchi un ricordo « ingombrante, quasi un simbolo da cancellare », che « bisogna pur raccontare alle nuove generazioni » eritree e che ingombra la stessa memoria coloniale nel nostro paese. Che cosa era dunque il ‘campo cintato’ di Asmara, perché si chiamava così, e come si arriva a concepire la città stessa come un ‘campo’?

La parabola urbanistica della città di Asmara è esemplare in questo senso. La *Guida dell’Africa Orientale Italiana* stampata nel 1938 « in 490.000 esemplari, gratis ai soci dell’anno », definisce la capitale della ‘colonia primogenita’ una « gradevolissima residenza » e il « centro più progredito dell’Impero » a seguito del « vigorosissimo impulso » dato dall’essere « centro di rifornimenti del fronte nord durante la guerra italo-etiopica (1935-36) »: « La città italiana, ricca di edifici notevoli e di giardini perennem[ente] fioriti e dominata dal campanile della Cattedrale, è disposta a vie regolari rettilinee a S[ud] della città indigena che allinea fra edifici all’europea numerosi ‘agdo’ dal conico tetto di paglia » (28).

Dunque, *città europea* e *città indigena* vengono presentate come contrapposte in due blocchi urbani distinti. Anche se gli architetti coloniali dell’epoca liberale avevano previsto una qualche misura di ‘rispetto’ della società esistente con interventi che cercavano di conservare il carattere ‘locale’ delle varie *Medine* o città preesistenti, la pianificazione della città di Asmara, capitale ‘morale’ e centro

(25) Cfr. E. LO SARDO (a cura di), *Divina Geometria. Modelli urbani degli anni Trenta*, Archivio di Stato di Latina, 1994, p. 47.

(26) Si veda BARRERA, *Mussolini’s colonial race laws*, cit.

(27) Sul tema si veda LABANCA, *Oltremare*, cit., pp. 411-424.

(28) Guida d’Italia della Consociazione Turistica Italiana, *Africa Orientale Italiana*, Milano, 1938, p. 199.

militare della colonia, riflette fin dai primi anni dell'occupazione una progressiva impronta segregazionista, favorita dalla concomitante peste bovina e dalle epidemie di vaiolo e colera che tra il 1888 e il 1892 devastano l'intera regione e fanno affluire in città migliaia di contadini in cerca di cibo e lavoro ⁽²⁹⁾. Così viene evacuato il villaggio indigeno più vicino agli accuartieramenti delle truppe (Bet Maka) e si allontanano gli abitanti locali in una progressiva *zonizzazione* di aree di residenza esclusiva. Il primo piano regolatore della città, elaborato nel 1908 sotto il governatorato Salvago Raggi, già prevede la divisione in quattro zone: europea, mista o 'promiscua', indigena, e industriale, ognuna con i suoi elementi caratterizzanti, i suoi regolamenti abitativi, e le norme per l'edilizia strettamente codificate (decreto n. 1973 del 1914). Il modello urbano che si veniva così a determinare in colonia in questi anni si basa pertanto su una rigida divisione razziale delle aree abitative: come nelle colonie francesi o inglesi, la città viene costruita, pensata e governata dai residenti europei per favorire i loro interessi e benessere; l'elemento indigeno cittadino è tollerato per fornire forza lavoro ma viene progressivamente emarginato e segregato nella vita urbana, negli ospedali, nelle scuole, nei trasporti, nei luoghi di riunione e di intrattenimento ⁽³⁰⁾.

Con l'avvento del Fascismo non si ha pertanto rottura ma accelerazione e perfezionamento di un modello culturale che era già prevalente nella mentalità e nella prassi di vita e di governo di funzionari e coloni. Così, con la proclamazione dell'Impero negli Anni Trenta, il clima politico e architettonico dell'epoca risente ancor più della « tendenza a pensare in modo totalizzante (quando non esplicitamente totalitario) la questione dell'organizzazione del territorio » ⁽³¹⁾. In questo periodo, le città coloniali dell'Impero vengono viste come *città di fondazione*, al pari di Sabaudia, Littoria, Pontinia o Aprilia, le 'città nuove' sorte dalla 'bonifica integrale' indotta dal regime fascista nelle insalubri paludi pontine. Così,

⁽²⁹⁾ Cfr. R. PANKHURST, *The History of Famine and Epidemics in Ethiopia prior to the twentieth century*, Addis Ababa, Relief and Rehabilitation Commission, 1985; Id., *History of Ethiopian Towns from the mid-Nineteenth Century to 1935*, Stuttgart, Franz Steiner, 1985.

⁽³⁰⁾ Si veda BARRERA, *The Construction of Racial Hierarchies*, cit.

⁽³¹⁾ Cfr. l'intervento di Renato NICOLINI in *Divina Geometria*, cit., p. 60.

all'indomani della presa di Addis Abeba, l'architetto Marcello Piacentini scrive a Mussolini: « Mai nella storia si è presentato un esempio che come questo suggerisca la possibilità di concepire un 'piano regolatore' perché mai la tecnica si è trovata così potentemente attrezzata e preparata ad affrontare un tema simile in un territorio completamente vergine e privo di precedenti iniziative di civiltà [...] »⁽³²⁾. E il suo collega Giò Ponti, che aveva partecipato alla prima stesura del piano regolatore di Addis Abeba, ribadiva in una lettera del 16 dicembre 1936:

« Addis Abeba ha tutti i numeri per essere un eccezionale avvenimento della civiltà fascista al cospetto del mondo [...]. In fatto di carattere edilizio è vergine: come natura (vegetazione) è fantastica: come clima non è tropicale ma è alto Appennino toscano. Quindi c'è da fare una città totalmente nuova; una città per natura splendida, incantevole, unica; una città non coloniale ma quasi nostrana, dunque una città italianissima e modernissima [...]. Addis Abeba ha un'acropoli naturale. Lassù si estolleranno gli edifici splendidi e italianissimi della Legge, dell'Autorità, del Culto. In quel parco monumentale di eucalipti che è Addis Abeba, si insinueranno abitazioni le più civili, moderne, ospitali, incantevoli che sapremo fare e vediamo già. Non borghese città giardino, ma un popolo che abita in un parco! »⁽³³⁾.

Di questo delirio progettuale rimarrà ben poco. La brevità del periodo di occupazione dell'Etiopia non porterà all'esecuzione del piano regolatore della città approvato con decreto regio nel gennaio del 1939 e promulgato nell'aprile seguente, ma rimarrà impresso il principio della differente *zonizzazione* dei quartieri abitativi: la 'zona indigena' a Nord Est, la 'zona parco' con la Chiesa di San Giorgio a Nord, il palazzo governatoriale del Viceré al centro, al posto del Gran Ghebbi imperiale. Più a sud, lungo l'arteria principale (Viale Littorio), sorgeva la parte ufficiale e monumentale della città, dalla Casa del Fascio alla Cattedrale. Così, ponendo di fronte sui punti più elevati del centro urbano il Palazzo del Governo e la Cattedrale cattolica, « l'Italia imperiale confermava la

⁽³²⁾ Il testo è in *Divina Geometria*, cit., pp. 75-76.

⁽³³⁾ Ivi, pp. 113-114.

sua gerarchia di valori ed i nuovi equilibri raggiunti in patria a seguito dei patti lateranensi »⁽³⁴⁾.

Se la capitale dell'impero fascista doveva abolire progressivamente ogni segno dell'antico potere negussita sovrapponendo ad esso i segni del nuovo dominio italiano, ben altrimenti avverrà per il piano regolatore di Asmara che, più volte rivisto e ampliato, finirà per avere la definitiva approvazione governativa nel luglio del 1939 con una assai più marcata opera di *zonizzazione* delle varie comunità (nazionale, mista, indigena) in gradi decrescenti di vicinanza e di coabitazione con il potere costituito. Il piano regolatore di Asmara, redatto tra enormi difficoltà e contrasti nell'immediato dopoguerra etiopico, confermava l'impostazione originaria di un centro cittadino concepito come piazza militare, strategicamente situato tra il Forte Baldissera, che simboleggiava l'atto di occupazione di Asmara nell'agosto del 1890, e l'originale villaggio indigeno. Tra i due luoghi, sorgeva una vasta area progressivamente fortificata (denominata 'campo cintato') dovuta alle prime opere di difesa delle truppe di occupazione, ma anche — e non è un dettaglio da poco — alla necessità di proteggere la salute pubblica dei primi nuclei italiani dai contadini affamati che si rifugiano intorno al piccolo centro urbano durante la carestia e l'epidemia di colera e vaiolo del 1888-1892⁽³⁵⁾. Se necessità di difesa e protezione della comunità italiana avevano dettato i primi passi di uno *sviluppo separato* nella colonia italiana, i nuovi piani regolatori che vengono proposti tra il 1936 e il 1938 contengono tutti una rigida divisione razziale dello spazio urbano. Se l'iniziale forma di *apartheid* fu dunque dovuta, come nella Colonia del Capo, alla 'sindrome sanitaria' causata dal diffondersi della peste bubbonica in Sudafrica agli inizi del 1900, la legislazione razziale italiana degli anni trenta lascerà un'impronta indelebile nel piano regolatore di Asmara che verrà promulgato nell'estate del 1938⁽³⁶⁾.

I risultati non si fanno attendere. La nuova Asmara, scrive

(34) Dall'Introduzione di E. LO SARDO in *ivi*, p. 25.

(35) Vedi PANKHURST, *The History of Famine*, cit.; A. DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale. Dall'unità alla marcia su Roma*, Bari, Laterza, 1985, vol. 1, pp. 340-341.

(36) Per un parallelo v. M. SWANSON, *The Sanitation Syndrome: Bubonic Plague and Urban Native Policy in the Cape Colony, 1900-1909*, in «Journal of African History», 3, 1977, pp. 387-410.

l'architetto Vittorio Cafiero nella relazione che accompagna il Piano regolatore del 1938, con una popolazione di circa 100000 abitanti di cui 52000 italiani, non poteva più permettere la 'confusione urbana' e la 'promiscuità abitativa' tollerata dai regimi precedenti. L'improvviso affluire in colonia di « forti quantitativi di bianchi » in occasione del conflitto con l'Etiopia, determinava ammassamenti urbani alla periferia della città e « un brulicare di campi, di magazzini e di baracche di fortuna » che davano al centro urbano « un aspetto fittizio e illogico da dopo guerra » mentre nella zona corrispondente al vecchio 'campo cintato' fiorivano « locali di danze, di varietà, cinema e caffè » con la conseguente mescolanza di razze d'anteguerra. Il « primo problema » era dunque quello di « distinguere nettamente ed isolare le varie zone » ed epurare il « quartiere promiscuo » in modo che una zona di verde dividesse « dai nazionali l'influenza della zona indigena ». Il quartiere indigeno, situato « in una delle più belle posizioni di Asmara », doveva essere « per gradi e per possibilità sgomberato ». Al suo posto doveva sorgere « un vasto parco pubblico » che aveva lo scopo di « delimitare e dividere il nuovo quartiere nero, situato sul versante est, dal nuovo quartiere ad ovest, destinato ad artigianato e piccole industrie ». Il contatto a sud e a ovest della zona commerciale, scrive ancora Cafiero, « serve a diaframmare la zona abitazioni indigene dai bianchi » nel senso che il contatto tra i due gruppi può avvenire solo « con la categoria più elevata cioè commerciale e industriale della parte indigena » ⁽³⁷⁾.

Così il vecchio 'campo cintato', ora 'città europea', veniva nettamente distinta dalla 'città indigena', con un sistema di regole e di prescrizioni codificate dalle legge razziali che, se pure spesso eluse da varie forme di indisciplinazione da entrambe le parti, denotavano la quotidianità dei rapporti ufficiali. Di queste regole e ingiunzioni abbiamo molte evidenze: un decreto del 12 giugno 1937 (n. 680) vietava a cittadini italiani e a stranieri europei di abitare nei quartieri abitati da indigeni; un altro del 1° luglio (n. 12723) vietava a tutti i cittadini metropolitani di intrattenersi in posti abituali di ritrovo per sudditi coloniali; il decreto del 19 luglio 1937 (n. 41675)

⁽³⁷⁾ Il testo della relazione di Cafiero è riprodotto in *Divina Geometria*, cit., pp. 90-102.

vietava il trasporto su automezzi pubblici e privati ‘in promiscuità’ con i sudditi fatta eccezione per gli ascari muniti di permesso e per gli operai indigeni che lavoravano con operai italiani di una stessa ditta; il D.G.E. del 20 settembre 1938 (poi mutato dal D.G.G. dell’11 luglio 1939 n. 626) stabiliva sale separate per gli spettacoli cinematografici, e prevedeva che eventuali eccezioni dovessero comunque assicurare che la distribuzione dei posti e le entrate e le uscite fossero separate per cittadini e sudditi e solo in caso di film dichiarati ‘idonei’ per questi ultimi ⁽³⁸⁾.

Le testimonianze orali raccolte tra gli ex-sudditi coloniali negli anni Novanta da Irma Taddia mostrano quanto questo sistema di regole, per quanto evaso a livello individuale, ha lasciato in Eritrea un ricordo ben diverso da quello di ‘italiani brava gente’ della letteratura coloniale:

«Io mi ricordo [...] di quel periodo con gli italiani in cui noi eravamo separati dai bianchi, tenuti a distanza e non potevamo entrare nei posti dove entravano loro. Ricordo che nella corriera stavamo sempre dietro, nei sedili dove non c’erano i vetri, e che nei bar stavamo in disparte, lo ricordo bene [...] ⁽³⁹⁾.

«Se devo dare un giudizio della storia, nel complesso il passato coloniale non è stato tanto buono. Le relazioni dei nativi con i nostri occupanti non erano facili [...]. Individualmente c’erano delle buone persone, le ricordo, ho avuto anche degli amici tra gli italiani. Il governo coloniale italiano invece non era tanto onesto e favorevole con noi, suoi sudditi coloniali. Siamo stati frustrati. Ci mandavano in guerre che non ci riguardavano, per occupare altri paesi, senza offrirci nessuna ricompensa [...] dopo il fascismo è venuta la cattiveria, tutto è cambiato fortemente. L’indigeno, suddito coloniale, era costretto a salutare ogni italiano che passava con il saluto fascista, se non salutava c’erano schiaffi e calci [...] ⁽⁴⁰⁾.

«[...] era come in Sudafrica. Per il governo eravamo consi-

⁽³⁸⁾ Con la legge 1004 del 1939 il regime stabiliva infine le «sanzioni penali per la difesa del prestigio della razza di fronte ai nativi dell’Africa italiana». Cfr. la tesi di laurea di Tiziana Di FIRMA, *L’Africa orientale italiana e la politica del fascismo*, Università di Bologna, 1997; LABANCA, *Oltremare*, cit., p. 355.

⁽³⁹⁾ Testimonianza di A.K.K., n. 1927, in I. TADDIA, *Autobiografie africane. Il colonialismo nelle memorie orali*, Milano, Franco Angeli, 1996, p. 72.

⁽⁴⁰⁾ Testimonianza di A.F., n. 1918, *ivi*, p. 81.

derati come bestie, noi non eravamo cittadini; abitavamo nei *tukul* o in vecchie case, mentre tutte le costruzioni nuove erano per gli interessi dell'Italia e degli italiani [...] da una parte c'era il campo cintato, dove vivevano gli italiani e dall'altra il quartiere indigeno, dove stavamo noi eritrei. Nei cinema in generale non si entrava, c'era un solo cinema per noi, l'Hamasien. Una volta io provai ad entrare in un altro cinema, perché avevo una tessera, ma fui cacciato in malo modo. Se si andava nei bar, ci davano da bere non nei bicchieri, ma nelle taniche, per lo più sporche, o in scatole vecchie. Qui nell'Impero c'era un trattamento tipo Sudafrica [...] (41).

Credo sia importante oggi comprendere come e perché, per tanti eritrei, Asmara sia rimasta un 'luogo di dolore' che ancora oggi imbarazza non solo la pianificazione urbana nella ex-capitale coloniale, ma le stesse politiche della memoria nell'Eritrea indipendente. Nel dibattito corrente sul passato coloniale del nostro paese, sarà bene ricordare che la colonia Eritrea ha di fatto 'anticipato' la madrepatria nel codificare lo spazio di esclusione e di eccezionalità delle leggi razziali con un indubbio « effetto di trascinamento e di esempio sulla successiva legislazione razziale antisemita » (42). È bene ricordare infine quanto il ricordo dell'originario 'campo cintato' e delle sue regole di segregazione renda difficili oggi non solo i rapporti tra ex-colonizzati e ex-colonizzatori, ma le stesse relazioni di buon vicinato nella regione. Non è un caso se, nel recente sanguinoso conflitto tra Etiopia e Eritrea (1998-2000) sulla delimitazione del confine di divisione tra i due paesi, il passato coloniale abbia assunto un ruolo di detonatore di antiche e nuove rivalità nella regione, e le politiche di segregazione razziale introdotte in ambito coloniale si siano trasformate in immaginari collettivi di identità etniche di esclusione tra i due paesi ex-alleanzi fomentando espulsioni reciproche, guerre di memoria e arroccamenti identitari intorno al vecchio confine coloniale del Mareb (43).

(41) Testimonianza di T.T., n. 1920, ivi, pp. 84-85.

(42) LABANCA, *Oltremare*, cit., p. 415.

(43) Cfr. A. TRIULZI, *I conti con il passato. Memoria e violenza nel conflitto tra Etiopia ed Eritrea, 1998-2000*, in *Dopo la violenza*, cit., pp. 271-285; v. anche F. GUAZZINI, *Riflessioni sulle identità di guerra nel cyberspazio: il caso eritreo-etiope*, in « Africa », 4, dicembre 2001, pp. 532-572.

FILIPPO RUSCHI

LEVIATHAN E BEHEMOTH. MODELLI EGEMONICI
E SPAZI COLONIALI IN CARL SCHMITT (*)

1. Introduzione: grandi spazi, grandi equivoci. — 2. Carl Schmitt e Moby Dick. —
3. *Horror vacui*. — 4. L'occupazione del mare. — 5. Britannia rules the waves. —
6. L'isola che si fece pesce. — 7. *Translatio imperii*.

1. *Introduzione: grandi spazi, grandi equivoci.*

Aedo dell'imperialismo coloniale europeo, epigono dell'espansionismo imperiale prussiano, ideologo del *Lebensraum* nazional-socialista: queste ed altre etichette screditanti sono state usate per (s)qualificare Carl Schmitt. E proprio nel concetto di *Grossraum*, nella tematizzazione del 'grande spazio' che tanta parte ha avuto nella sua riflessione internazionalistica, si è voluto individuare il nucleo di questo sinistro programma egemonico (1).

(*) Ringrazio Vincenzo Durante, Patrizia Giunti e Stefano Pietropaoli per aver letto e commentato il mio testo. Paolo Palchetti, Bernardo Santalucia, Domenico Siciliano e Francescomaria Tedesco, poi, sono stati prodighi di consigli preziosi. La mia gratitudine va anche agli amici di *Jura gentium. Centro di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* con cui ho potuto discutere alcune delle tematiche affrontate. Infine, un ringraziamento speciale va a Danilo Zolo che è stato un punto di riferimento insostituibile durante le mie ricerche.

(1) Come noto, la nozione di *Grossraum* fu fortemente criticata dalla dottrina giusinternazionalistica nazionalsocialista che la riteneva ambigua e contraddittoria. Si vedano in particolare le osservazioni mosse da Reinhard Höhn e Werner Best: cfr. R. HÖHN, *Grossraumordnung und völkisches Rechtsdenken*, in «Reich-Volksordnung-Lebensraum», 1, 1941, pp. 256-288 e W. BEST, *Völkische Grossraumordnung*, in «Deutsches Recht», 10, 1940, pp. 1006-1007. Ambedue i giuristi erano membri del *Sicherheitsdienst* (SD), il temibile servizio di sicurezza delle SS: Höhn, tra l'altro, fu il titolare dell'inchiesta che nel 1936 portò all'allontanamento di Schmitt da ogni carica pubblica. Best, più tardi proconsole hitleriano in Danimarca, era il consigliere legale della Gestapo. In merito alle critiche nazionalsocialiste al concetto schmittiano di

Nulla di tutto ciò. Nel discorso schmittiano sui *Grossräume* sarebbe vano cercare allusioni a grandiosi progetti di egemonia globale, o più semplicemente appelli a favore di quelle 'classiche' politiche di intervento coloniale che ancora nel 1878 avevano trionfato al Congresso di Berlino. Tra i primi a denunciare questo formidabile fraintendimento del pensiero schmittiano va annoverato Alexander Kojève che, in un brillante scritto dedicato alla questione del colonialismo europeo, ci ha lasciato alcune felici intuizioni. Si tratta di un'interpretazione su cui vale la pena insistere, per chiarire alcuni delicati passaggi della teoria schmittiana ed evitare ogni possibile fraintendimento. Lo scritto in questione, risalente al 1957, è in realtà il testo di una conferenza tenuta nel gennaio di quell'anno in una sede tutt'altro che accademica: si trattava del *Rhein-Ruhr-Klub* di Düsseldorf che raccoglieva nomi prestigiosi dell'imprenditoria tedesca ⁽²⁾. L'incontro, organizzato dallo stesso Schmitt con il quale Kojève aveva avviato da tempo una fitta corrispondenza, era dedicato al tema dei rapporti tra i paesi industrializzati e quelli sottosviluppati. Si trattava di una questione particolarmente delicata, dal momento che proprio in quegli anni stava tramontando il classico modello del 'colonialismo politico',

Grossraum cfr. J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt Theorist for the Reich*, Princeton, Princeton University Press, 1983, trad. it., *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, il Mulino, 1989, 303-317. Si vedano anche le puntuali contestualizzazioni storiche proposte da Detlev Vagts in D. F. VAGTS, *International Law in the Third Reich*, in «The American Journal of International Law», 84, 1990, 3, pp. 661-704 e da Peter Stirk in P. STIRK, *Carl Schmitt's 'Völkerrechtliche Grossraumordnung'*, in «History of Political Thought», 20, 1999, 2, pp. 357-374.

⁽²⁾ Il testo della conferenza intitolata *Kolonialismus in europäischer Sicht*, rimasto a lungo inedito per espressa volontà dello stesso Kojève, è stato edito solo di recente in P. TOMMISEN (hrsg.), *Schmittiana, Beiträge zu Leben und Werk Carl Schmitts. Band VI*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 126-140, trad. it. parziale *Il colonialismo nella prospettiva europea*, in «Adelphiana», 20 aprile 2003, www.adelphiana.it. Schmitt e Kojève intrattennero nella seconda metà degli anni Cinquanta del secolo scorso una significativa corrispondenza epistolare, cfr. *Der Briefwechsel Kojève-Schmitt* in TOMMISEN (hrsg.), *Schmittiana*, cit., pp. 100-124, trad. it. con note preziose di Carlo Altini C. SCHMITT, A. KOJEVE, *Carteggio*, in «Filosofia politica», 17, 2003, 2, pp. 185-207, in particolare sull'incontro di Düsseldorf pp. 200-206. In merito a tale corrispondenza si veda poi C. ALTINI, *Fino alla fine del mondo moderno. La crisi della politica nelle lettere di Carl Schmitt e Alexandre Kojève*, in «Filosofia politica», 17, 2003, 2, pp. 209-222.

mentre un nuovo, aggressivo ‘colonialismo economico’ andava celebrando i propri fasti.

È probabile che l’uditorio, più che il filosofo hegeliano allievo di Karl Jaspers ed amico e maestro di Georges Bataille, Jacques Lacan e tanti altri *intellectuelles*, si aspettasse di ascoltare l’influente *chargé de mission*, incaricato dal governo francese di condurre delicate negoziazioni internazionali. Possiamo dunque immaginare la perplessità dei presenti nel momento in cui Kojève — non rinunciando al gusto di stupire — propugnò un ‘colonialismo datore’, per cui i paesi sviluppati avrebbero dovuto investire nei paesi sottosviluppati il plusvalore ricavato dal loro sfruttamento. E probabilmente non furono in pochi a sobbalzare quando Kojève giustificò questo indirizzo di politica economica richiamandosi a quanto aveva fatto Henry Ford, nel momento in cui aveva rafforzato il potere di acquisto dei propri operai attraverso l’aumento salariale. « Il colonialismo moderno », osservava Kojève, « ha urgente bisogno di un nuovo Ford collettivo, così come il vecchio capitalismo ha avuto bisogno dei vari Ford » (3). Dal canto suo l’Europa era chiamata ad applicare una tale logica fordista in primo luogo all’area mediterranea: « se non si pratica il ‘colonialismo datore’ i clienti meridionali e orientali del Mediterraneo resteranno clienti poveri ». E questo concludeva con buona dose di realismo Kojève « significa cattivi clienti, quindi pericolosi per il buon andamento delle cose » (4).

Al di là delle osservazioni di Kojève sulla situazione politica internazionale, le riflessioni svolte davanti al *Rhein-Ruhr-Klub* si prestano a diversi livelli di interpretazione. Ed al lettore di Schmitt non sfuggono certo le allusioni di Kojève alle tesi schmittiane espresse in testi come *Nehmen/Teilen/Weiden* (5). Non si tratta solo

(3) Cfr. KOJÈVE, *Il colonialismo nella prospettiva europea*, cit., p. 11.

(4) *Ivi*, p. 20.

(5) Cfr. C. SCHMITT, *Nehmen / Teilen / Weiden. Ein Versuch, die Grundfragen jeder Sozial- und Wirtschaftsordnung vom NOMOS her richtig zu stellen*, in « Gemeinschaft und Politik. Zeitschrift für soziale und politische Gestaltung », 1, 1953, 3, pp. 18-27, trad. it. *Appropriazione, divisione, produzione. Un tentativo di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico-sociale, a partire dal ‘nomos’*, in *Id.*, *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 295-312. La traduzione italiana è relativa alla riedizione di *Nehmen / Teilen / Weiden* apparsa

del richiamo alla necessità di un nuovo « *nomos* della terra occidentale » — la cui matrice schmittiana è chiaramente esplicitata — che Kojève declina in un'accezione conforme alla sua proposta di un 'colonialismo datore'.

Penso, piuttosto, a riferimenti impliciti, sotterranei e forse per questo ancor più preziosi. L'immagine di un'Europa capace di un'azione politica unitaria, affrancata dal bipolarismo della Guerra Fredda, con cui Kojève concludeva il suo intervento presenta forti assonanze con l'immagine schmittiana di un *Grossraum* europeo. Se Washington era « la cittadella inespugnabile del colonialismo 'di principio' » (6), se l'Unione Sovietica, storicamente rivolta ad Oriente, al più poteva replicare una versione nazionalizzata del « vecchio capitalismo 'appropriatore' che dava alle masse lavoratrici il meno possibile » (7), spettava all'Europa prendere coscienza di sé e proporre un nuovo *nomos*, un nuovo ordine giuridico e politico globale.

È facile pensare che Schmitt abbia applaudito Kojève con convinzione, riconoscendo in lui se non un allievo, quanto meno un suo appassionato lettore (8). E forse è perfino lecito immaginare che, ascoltando la proposta di Kojève, Schmitt sia tornato con la mente a quanto lui stesso aveva sostenuto fin dal primo Dopoguerra: in un incontro tenuto nel 1951 all'Università di Madrid, ad esempio, Schmitt non aveva esitato a caldeggiare la formazione di una « terza forza » alternativa al duopolio sovietico e americano (9).

in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, pp. 489-504 ed è arricchita da cinque glosse dedicate al termine *Nomos*. L'ultima di queste propone una breve riflessione proprio sul 'colonialismo datore' di Kojève.

(6) Cfr. KOJÈVE, *Il colonialismo nella prospettiva europea*, cit., p. 10.

(7) Ivi, p. 13.

(8) È nota la stima reciproca che univa Schmitt e Kojève. Il filosofo russo in un colloquio con Jacob Taubes, suo ospite nel 1967 a Berlino presso la *Freie Universität*, aveva sostenuto — con scarsa diplomazia — che in Germania « Carl Schmitt è l'unico con cui valga la pena parlare ». L'aneddoto è riportato dallo stesso teologo tedesco in J. TAUBES, *Ad Carl Schmitt. Gegenstrebiges Fügung*, Merve, Berlin 1987, trad. it., *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Macerata, Quodlibet, 1996, p. 35. In merito ai rapporti tra Schmitt e Kojève cfr. ancora una volta ALTINI, *Fino alla fine del mondo moderno*, cit.

(9) Il testo della conferenza tenuta all'Ateneo di Madrid è stato poi pubblicato

Questo nuovo attore internazionale, negli auspici di Schmitt, non solo infrangeva il bipolarismo imposto dalla Guerra Fredda, ma strutturandosi come *Grossraum* configurava un ordinamento alternativo tanto allo Stato nazionale 'classico', quanto alle diverse possibili declinazioni dello Stato mondiale.

Si trattava, dunque, di un soggetto politico assolutamente inedito. Ed era un soggetto che, attraverso un dialogo costante con gli altri 'grandi spazi', era chiamato a forgiare un nuovo *jus gentium*. Secondo Schmitt, infatti, era possibile immaginare un *Grossraumrecht* che, fondato su un equilibrio tra diversi grandi spazi, si configurasse come « nuovo diritto delle genti, ad un nuovo livello, e con dimensioni nuove, però, nello stesso tempo, dotato di certe analogie con il diritto delle genti europee dei secoli XVIII e XIX », basato proprio sul *balance of power* ⁽¹⁰⁾. Quali, oltre al *Grossraum* europeo, erano questi potenziali altri 'grandi spazi'? La Cina, l'India, il mondo ispanico, il blocco arabo e, significativamente, il Commonwealth, erano alcuni dei possibili soggetti del *Grossraumordnung* schmittiano ⁽¹¹⁾.

È appena il caso di osservare che le considerazioni di Schmitt indiscutibilmente lasciano aperte numerose problematiche. E si può sostenere che, nel *corpus* schmittiano, le pagine dedicate alla determinazione dei lineamenti del *Grossraum* talvolta siano velate da una certa opacità ⁽¹²⁾. Allo stesso tempo, però, accogliendo i

in C. SCHMITT, *La Unidad del Mundo*, Madrid, Ateneo, 1951, trad. it., *L'unità del mondo*, in « Trasgressioni », 1, 1986, 1, pp. 117-128, poi in Id., *L'unità del mondo e altri saggi*, Pellicani, Roma 1994, pp. 303-320. Si veda anche il più tardo Id., *El orden del mundo desués la segunda guerra mundial*, « Revista de Estudios Políticos », 122, 1962, 2, pp. 19-36, trad. it., *L'ordinamento planetario dopo la seconda guerra mondiale*, in Id., *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 321-344. Se riletto alla luce dei precedenti lavori degli anni Cinquanta e, soprattutto, dell'incontro con Kojève, *El orden del mundo desués la segunda guerra mundial* risulta davvero prezioso per comprendere gli ultimi sviluppi della teoria internazionalistica schmittiana.

⁽¹⁰⁾ Cfr. C. SCHMITT, *L'unità del mondo*, in Id., *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., p. 309.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 308.

⁽¹²⁾ La nozione di *Grossraumordnung* è stata spesso criticata per la sua 'opacità'. Si può poi sostenere che nei testi degli anni Trenta, Schmitt si ispirasse ad un 'grande spazio' egemonizzato dalla Germania. In tal senso si veda *inter alii* STIRK, *Carl Schmitt's 'Völkerrechtliche Grossraumordnung'*, cit., pp. 357-374. È altrettanto vero però che

suggerimenti di Alessandro Campi, non si può fare a meno di notare che la soluzione prefigurata da Schmitt sembra anticipare quanto ipotizza Samuel Huntington nel celebre *Clash of Civilization*, laddove l'ordine mondiale riposa sull'equilibrio esistente tra differenti aree di civilizzazione⁽¹³⁾. Solo che mentre per il politologo statunitense questo ordine ha, con un alto grado di probabilità, una deriva 'pan-conflittualista' — il *clash* appunto — Schmitt, memore della grande lezione del Concerto Europeo, è consapevole delle potenzialità cooperative di un tale assetto anarchico⁽¹⁴⁾.

Ritornando all'analisi di Kojève, dunque, non mi pare eccessivo interpretare le sue parole come un sommesso omaggio a Schmitt. E mi preme evidenziare come la lettura kojèveana declini in maniera particolarmente suggestiva il concetto di *Grossraum*. Non è qui il caso di passare in rassegna la corposa riflessione che Schmitt ha dedicato al concetto di 'grande spazio', ma nel far mia la lucida interpretazione di Kojève, intendo quanto meno sottolineare l'originalità del concetto di *Grossraumordnung* e, soprattutto, la sua incompatibilità con i tradizionali archetipi giuridici e politici dell'imperialismo coloniale. Il *Grossraum*, tanto sul piano dell'ingegneria normativa quanto su quello simbolico, è davvero qualcosa di

questa prospettiva è totalmente assente nei testi successivi alla fine della Seconda Guerra mondiale, mentre rimane l'assoluta originalità dell'idea di *Grossraum*. Sul punto cfr. P. P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europeum*, Milano, Comunità, 1982, pp. 188-202. Sul rapporto tra la nozione di *Reich* e quella di *Grossraum*, cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica*, Bologna, il Mulino, 1996, pp. 867-873. In particolare sulla difficoltà di declinare in senso 'imperiale' il concetto di 'grande spazio' si veda D. ZOLO, *Usi contemporanei di impero*, in « Filosofia politica », 18, 2004, 2, pp. 183-198.

⁽¹³⁾ Cfr. S. P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations?*, in « Foreign Affairs », 72, 1993, 3, pp. 22-49, poi trasfuso in ID., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996, trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, Garzanti, 1997. In merito all'analogia suggerita da Campi cfr. CAMPI, *Introduzione*, in *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 52-53.

⁽¹⁴⁾ Proprio alla luce della rilevanza attribuita all'esperienza del Concerto Europeo, è possibile osservare una significativa contiguità tra Schmitt e Hedley Bull, il massimo teorico della 'società internazionale anarchica'. Cfr. H. BULL, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, London, Macmillan, 1977. Per altro, come ha sottolineato Alessandro Colombo, il richiamo a quella che Bull definiva la *European International Society* è una costante del realismo politico europeo. Cfr. A. COLOMBO, *L'Europa e la società internazionale*, in « Quaderni di scienza politica », 6, 1999, 2, pp. 251-301.

‘altro’: non si tratta solo di un inedito archetipo istituzionale. La nozione di ‘grande spazio’, ha suggerito ancora Campi, « rimanda più compiutamente ad un intreccio molto complesso di fattori storici, politici, culturali, simbolici, economici, addirittura mitologici che ne delimitano la localizzazione spazio-temporale ed il concreto significato storico-spirituale » (15).

Il concetto di ‘grande spazio’, dunque, è dotato di una notevole complessità e si presta a diversi livelli di lettura. Ciò non significa che Schmitt elabori un modello astratto, proiettato nella dimensione del ‘dover essere’. Al contrario la sua analisi rimane saldamente ancorata alla storia dell’ordinamento internazionale: la nozione di *Grossraum* trova infatti un referente concreto — un vero e proprio prototipo — nel regime instaurato dalla *Monroe Doctrine* (16). Interpretata nel suo significato originario e depurata da ogni tensione imperialistica, nella *lectio* schmittiana questa dottrina si configura come il prodromo di un nuovo ordine giuridico e politico costituendo, al tempo stesso, un effettivo principio di ripartizione territoriale e il frutto di una precisa coscienza spaziale.

Il messaggio del Presidente James Monroe del 2 dicembre 1823 trasudava indignazione nei confronti del Vecchio Continente, cui si imputava di essere il ricettacolo di ogni forma di oppressione. Negli auspici di Monroe l’America, ribellandosi alle ingerenze europee, una volta per tutte doveva prendere coscienza della propria specificità e divenire, da territorio coloniale, terra di libertà. Sul piano giuridico questa concezione spaziale si doveva tradurre nella neutralizzazione del *Western Hemisphere*, che veniva così ad affrancarsi

(15) Cfr. CAMPI, *Introduzione*, in *L’unità del mondo e altri saggi*, cit., p. 17.

(16) Schmitt in più occasioni ha avuto modo di insistere sulla natura giuridica della dottrina Monroe: questo a partire da C. SCHMITT, *Völkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, Berlin-Wien-Leipzig, Deutscher Rechtsverlag, 1941 — ma si tratta dell’edizione ampliata di ID., *Völkerrechtliche Formen des modernen Imperialismus*, in « Königsberger Auslandsstudien », 8, 1933, poi in ID., *Positionen und Begriffe im Kampfs mit Weimar — Genf — Versailles, 1923-1939*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1940, pp. 162-180 — trad. it., *Il concetto di Impero nel diritto internazionale*, Roma, Settimo Sigillo, 1996, in particolare pp. 13-25, fino ad arrivare all’approfondita trattazione contenuta nel celebrato ID., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus publicum Europaeum*, Köln, Greven Verlag, 1950, trad. it., *Il Nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, in particolare pp. 368-387.

da ogni ingerenza esterna. Infine, agli Stati Uniti — si diceva a chiare lettere nel messaggio presidenziale — spettava il compito di vigilare sul continente americano, tutelando questa *land of freedom* contro le mire egemoniche delle potenze europee (17). Non è il caso di insistere oltre sulle parole del Presidente Monroe, salvo segnalare come Schmitt abbia colto proprio nel *Grossraum* consacrato dalla Dichiarazione due elementi basilari: una matura coscienza spaziale ed un rigoroso principio di ripartizione territoriale. Il primo fattore opera sul piano simbolico ed ideologico. L'altro, invece, appartiene alla dimensione giuridica e si misura nel concreto radicarsi dell'ordinamento all'interno di un territorio spazialmente determinato. Perché un *Grossraum* possa sussistere, è infatti necessario che i due elementi siano contemporaneamente presenti.

Nel tratteggiare la *Grossraumtheorie* schmittiana mi preme evidenziare l'insistente riferimento alla *justissima tellus* ed al momento della sua ripartizione in spazi giuridici. In questo carattere di forte radicamento 'tellurico' si misura tutta la distanza che intercorre tra la nozione di 'grande spazio' e l'universalismo, indistinto e de-localizzato, connaturato ai progetti imperiali e coloniali. A ben vedere, però, il paradigma 'tellurico' allude ad una prospettiva più vasta: ampliando lo sguardo sull'intero *corpus* schmittiano, non si può fare a meno di cogliere nella nozione di 'grande spazio' l'ultima tappa di una evoluzione che accompagna la storia umana. È una dinamica contraddistinta dalla dialettica tra due concezioni dello spazio e del diritto radicalmente opposte. Il pensiero schmittiano, ancora una volta, non si sottrae alla dicotomia primaria *Freund-Feind* (18). Solo che in questo caso, ha suggerito Pier Paolo Portinaro, « i raggruppamenti amico-nemico sono ricostruiti a partire dalle dinamiche di appropriazione e ripartizione

(17) Sulla *Monroe Doctrine* più ampiamente *infra*, pp. 447 ss.

(18) Nell'economia del pensiero politico di Schmitt questa dicotomia è fondamentale. Si veda C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1932, trad. it., *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 87-208. Tra gli studi dedicati a questo delicato snodo della teoria schmittiana si veda PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europeum*, cit., in particolare pp. 217-257 e GALLI, *Genealogia della politica*, cit., pp. 733-837, ed ancora G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 85-107.

delle aree geografiche del globo terrestre» (19). Si tratta di una contrapposizione che Schmitt, con rara forza evocativa, configura come la lotta 'primigenia' tra la terra e il mare, tra i mostri biblici *Leviathan* e *Behemoth*.

Nel ricostruire questa brutale lotta 'elementare' la narrazione schmittiana non è sempre limpida: Schmitt talvolta concede troppo al gusto per gli *arcana imperii*, al piacere per le allusioni ad un sapere esoterico, cabalistico (20). E non è certo il caso di ripercorrere le diverse valenze di un confronto che Schmitt spinge ai limiti dell'escatologia. Qui tenterò solo di ricostruire come, alla luce dell'interpretazione che ne ha dato Schmitt, il confronto tra la terra e il mare abbia contraddistinto la Modernità fin dai suoi esordi: questa contrapposizione ha dapprima segnato l'occupazione degli spazi oceanici, presupposto necessario ad ogni ulteriore conquista. Ha poi scandito la nascita degli imperi coloniali, da subito in competizione reciproca. Infine, ha portato alla definizione dei modelli egemonici che caratterizzano l'Età della globalizzazione.

Nelle pagine da Schmitt dedicate alla lotta tra *Leviathan* e *Behemoth*, però, quello che immediatamente colpisce non è il rigore del giusinternazionalista, né lo spessore analitico dello storico del diritto e neppure la lucida concettualizzazione del filosofo del diritto: ciò che subito si avverte leggendo queste pagine è la potenza epica del narratore di saghe. Ritengo dunque che in primo luogo sia opportuno dare conto di questa straordinaria *vis* narrativa.

2. *Carl Schmitt e Moby Dick*.

«Melville è per gli oceani del mondo quello che Omero è per il Mediterraneo orientale» (21). Le pagine di *Land und Meer* — non a caso reputato il libro più bello, se non il più importante, dell'intera produzione schmittiana — sono senza dubbio ricche di

(19) Cfr. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europeum*, cit., p. 164.

(20) In merito a questa fuga verso l'escatologia, *infra*, p. 389 ss.

(21) Cfr. C. SCHMITT, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1954, trad. it., *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Milano, Adelphi, 2002, p. 32.

autentico *epos* (22). Dal canto suo Carl Schmitt, con la consueta schiettezza, non ha esitato a rendere esplicita la matrice letteraria delle pagine che ha dedicato al rapporto tra la terra ed il mare.

Non c'è solo *Moby Dick*. Accanto a Melville, altre sono le fonti di ispirazione (23): *Das Nordlicht*, « poema gnostico e presocratico al tempo stesso » del triestino Theodor Däubler, oggetto di una precoce passione giovanile, è stata senza dubbio una potente fonte di suggestione per Schmitt (24). E che dire di Jules Michelet? Il suo *La mer*, scrive Schmitt, è un grandioso inno alla bellezza del mare, alle sue abissali profondità che « il 'crudele re del mondo', l'uomo, non ha ancora sfruttato » (25).

I flutti non appartengono solo ai cacciatori di balene ed alle loro gigantesche prede, e tanto meno ai mercanti che pacificamente ne solcano le acque. Non tutti « i figli del mare » sono amanti della pace: gli spazi marini sono il terreno di caccia degli « schiumatori del mare », rimangono in balia dell'*animus furtandi* di pirati e filibustieri. È così che tra i riferimenti letterari di Schmitt, si deve annoverare il brillante *The Pirates' Who's Who* di Philip Gosse. E

(22) Cfr. N. SOMBART, *Jugend in Berlin. 1933-1943. Ein Bericht*, Frankfurt a. M. Fischer, 1991, p. 255. Il giudizio del sociologo e scrittore Nicolaus Sombart, figlio del celebre economista Werner ed intimo di Schmitt, è riportato in F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, in SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 135.

(23) Un altro omaggio a Melville si trova nelle pagine di *Ex Captivitate Salus*, dove Schmitt, riflettendo sul ruolo svolto nella Germania nazionalsocialista, arriva ad identificarsi nella figura di Benito Cereno, il protagonista di uno dei più celebri — e cupi — racconti usciti dalla penna dello scrittore nordamericano, cfr. C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Köln, Greven Verlag, 1950, trad. it., *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47*, Milano, Adelphi, 1987, p. 78. In merito a tale identificazione cfr. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 305-306.

(24) Sul punto cfr. F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, in SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 115-149, ed in particolare sull'influsso däubleriano pp. 118-119. Si veda anche GALLI, *Genealogia della politica*, cit., pp. 230-234. A Däubler Schmitt dedicò nel 1912 addirittura una monografia: cfr. C. SCHMITT, *Theodor Däublers Nordlicht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, trad. it., *Aurora boreale: tre studi sugli elementi, lo spirito e l'attualità dell'opera di Theodor Däubler*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995. Ancora su Däubler, si vedano le considerazioni contenute in ID., *Ex Captivitate Salus*, cit., pp. 47-55.

(25) Schmitt fa riferimento a J. MICHELET, *La mer*, Paris, Hachette, 1861 — trad. it. *Il mare*, Il Melangolo, Genova 1992 — in SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 31-32.

forse si potrebbero fare anche i nomi di Robert Louis Stevenson e Daniel Defoe. Per altro, si tratta di letture che si saldano ad un *epos* ben radicato nella *Kultur* germanica: si pensi all'epopea dei *Vitalenbrüder* baltici, o alle vicende della Lega Anseatica che hanno affascinato generazioni di tedeschi. Non è un caso che negli anni feroci della Rivoluzione conservatrice, all'indomani della Prima Guerra mondiale — lo ricorda Ernst Von Salomon nel terribile *Die Geächteten* — (26), i *Frei Korps* innalzassero fieramente le insegne dei pirati baltici.

Al di là di questa componente letteraria, le riflessioni schmittiane sulla dialettica tra terra e mare sono tutt'altro che il frutto di un *otium* filosofico, meditazioni avulse da qualsiasi riferimento concreto. Ha senza dubbio ragione Franco Volpi a cogliere in *Land und Meer* il prodotto di una crisi, cagionata dal forzato allontanamento dai centri di potere del *Reich* di colui che ne era stato l'orgoglioso *Kronjurist* (27). Ma se si allunga lo sguardo alla produzione internazionalistica di Schmitt relativa agli anni immediatamente precedenti l'ultima Guerra mondiale e se, al contempo, ci si sforza di cogliere la dimensione più squisitamente filosofico-giuridica di *Land und Meer*, l'immagine dello Schmitt/Machiavelli — dell'erudito in forzato esilio nella Plettemberg/San Casciano — appare per lo meno appannata. L'eredità machiavelliana si manifesta in ben altro che in un *otium*, del resto solo apparente: nella produzione schmittiana si intravede una costante volontà di dialogare con il potere, di influenzarne le scelte con il peso della propria *auctoritas*, secondo uno 'stile' che è proprio del realismo politico da Machiavelli — appunto — a Kenneth Waltz.

È dunque opportuno sgombrare il campo da ogni possibile fraintendimento: al di là della componente letteraria che contrassegna la narrazione del confronto tra *Land* e *Meer*, questa ricostruzione va ad inserirsi a pieno titolo nella produzione giusfiloso-

(26) Cfr. E. VON SALOMON, *Die Geächteten*, Berlin, Rowohlt, 1930, trad. it., *I proscritti*, Milano, Baldini e Castoldi, 1994.

(27) Cfr. F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, in SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 117. In molti, da Julien Freund a Nicolaus Sombart, hanno insistito sul fatto che la 'conversione' di Schmitt agli studi internazionalistici debba essere interpretata come una frattura nel suo percorso intellettuale. Sul punto cfr. CAMPI, *Introduzione*, in SCHMITT, *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 7-13.

fica schmittiana. Anzi, all'interno di un tale *framework* — ed alla luce del capolavoro assoluto di Schmitt, il più tardo *Der Nomos der Erde* — la dicotomia terra/mare assume un'incontestabile centralità.

Ripercorrendo la biografia intellettuale di Schmitt, le prove della sua irriducibile 'volontà di azione' non mancano. Tutta la sua produzione internazionalistica è segnata da un'innegabile concretezza. Anche nei momenti più 'narrativi' la dimensione giuridica, operativa, è assolutamente prevalente.

Nel 1936, all'indomani del duro attacco alla sua persona apparso sulle pagine di *Das Schwarze Korps*, l'organo ufficiale delle SS, Schmitt era stato costretto a dimettersi da tutti gli incarichi pubblici mantenendo solo la cattedra universitaria ⁽²⁸⁾. Eppure, già nel 1937 dava alle stampe *Der Begriff der Piraterie*, che era, sì, un agile saggio dedicato alla figura dell'*hostis humani generis* ma al contempo era un duro attacco alla criminalizzazione della lotta sottomarina sancita dalla Conferenza di Nyon il 14 settembre 1937 ⁽²⁹⁾. Ancora. I saggi pubblicati a cavallo dell'apertura delle ostilità, da *Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat* (1937) a *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (1938) ⁽³⁰⁾, fino a *Land und Meer*, hanno introdotto la questione del confronto tra

⁽²⁸⁾ La carica di membro del Consiglio di Stato prussiano, mantenuta grazie ai buoni uffici di Hermann Goering, era puramente nominale dal momento che tale organo a partire dal 1936 di fatto cessò ogni attività. In relazione alle alterne fortune di Schmitt nella Germania nazionalsocialista, cfr. J. W. BENDERSKY, *The Expendable 'Kronjurist': Carl Schmitt and National Socialism, 1933-1936*, in «Journal of Contemporary History», 14, 1979, 2, pp. 309-328, ed in particolare sulla sua emarginazione politica pp. 321-328 e più ampiamente ID., *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 233-317.

⁽²⁹⁾ Tale Accordo intendeva porre il freno agli attacchi al traffico mercantile, eseguiti durante la Guerra civile spagnola per lo più da battelli battenti bandiera nazionalista e italiana. Cfr. C. SCHMITT, *Der Begriff der Piraterie*, in «Völkerbund und Völkerrecht», 4, 1937, pp. 351-354, trad. it., *Il concetto di 'pirateria'*, in «La vita italiana», 26, 1937, pp. 189-193, poi in ID., *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 181-186.

⁽³⁰⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat*, in «Völkerbund und Völkerrecht», 4, 1937, pp. 139-145, poi in ID., *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 235-239 e ID., *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1938, trad. it. *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 61-143.

terra e mare. Ma, anche in questo caso sono testi ricchi di riferimenti alla situazione politica, segnata dall'antagonismo anglo-tedesco: è appena il caso di ricordare come già alla fine degli anni Trenta, Schmitt avesse moderato il suo anti-comunismo, plaudendo al Patto Ribbentrop-Molotov ed al contempo riconoscendo nella Gran Bretagna l'avversario irriducibile ⁽³¹⁾.

La coerenza del progetto teorico schmittiano ha trovato importanti attestazioni. Come ha suggerito tra gli altri Natalino Irti, le pagine che Schmitt ha dedicato al rapporto tra diritto e spazio devono essere ricondotte alla polemica anti-kelseniana, costante nella sua produzione intellettuale. Alla luce del normativismo kelseniano, infatti, il fattore spaziale perde ogni valenza, diventa mera categoria di ripartizione quantitativa: per Kelsen lo spazio, oltre a segnare l'ambito di vigenza del diritto, non ha alcun significato. È un elemento accessorio, che non esercita alcuna influenza sulla validità della norma, fondata unicamente sul postulato logico della *Grundnorm*. Il diritto può così fare a meno dello spazio, sublimando il proprio sradicamento, la propria de-localizzazione, sino ad assumere una valenza universalistica ⁽³²⁾.

A questo modello teorico Schmitt contrappone, come è noto, un ordine giuridico che ha il proprio fondamento nella storia. Si tratta di un *nomos* che è il prodotto della *divisio primaeva* del territorio occupato, capace di essere al tempo stesso *Ordnung* e *Ortung*, principio di organizzazione della comunità e modalità di radicamento spaziale. Il *nomos*, dunque, non si riduce ad insieme di regole e convenzioni internazionali, ma è il « principio fondamentale della distribuzione dello spazio terrestre » ⁽³³⁾. Per dirla ancora con Irti, in Schmitt la correlazione tra diritto e spazio non si risolve « nella banale ricerca di un 'dove' applicativo, ma s'innalza

⁽³¹⁾ Cfr. D. CUMIN, *Tbalassopolitique. Carl Schmitt et la mer*, in H. Coutau-Bégarie (éd.), *L'évolution de la pensée navale*, Paris, ISC, 1999, poi in www.stratisc.org/pub/pn/PN7-Cumin.html.

⁽³²⁾ Si veda in merito N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, in particolare pp. 39-47.

⁽³³⁾ Cfr. il prezioso C. SCHMITT, *Cambio de estructura del derecho internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Politicos, 1943, trad. it., *Cambio di struttura del diritto internazionale*, in Id., *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 271-301, ed in particolare p. 271.

a sintesi di vita, in cui la presa di possesso è, insieme, decisione della volontà, principio d'ordine giuridico e costituirsi del popolo » (34). La filosofia del diritto di Schmitt, invero, può essere ridotta a questa visione 'tellurica' che si presenta come la componente più peculiare della sua elaborazione teorica, e che diviene il discrimine ultimo, nel momento in cui Schmitt si misura con l'universalismo, il normativismo e l'economicismo.

La validità di una lettura unitaria della teoria schmittiana trova un'ulteriore attestazione in Portinaro, che nega qualsiasi cesura tra lo Schmitt teorico dello stato e lo Schmitt filosofo del diritto internazionale — dal decisionismo alla teoria dell'ordinamento concreto — insistendo piuttosto sulle costanti contaminazioni tra i due piani. Ma, soprattutto, si deve a Portinaro l'aver mostrato come la dottrina del *nomos* poggi su una filosofia della storia che permea tutta la produzione schmittiana e che deriva da differenti sollecitazioni: da Hegel a Spengler, a Toynbee (35). Ed è una filosofia che ha al centro proprio *Land und Meer*: « la tesi di fondo », ha puntualizzato incisivamente Portinaro, « è che nella contrapposizione di terra e mare si deve ravvisare il grande principio di sviluppo della civiltà e il fondamento delle ostilità politiche che hanno deciso delle sorti di essa » (36).

Non è mia intenzione adottare un approccio filologico nei confronti della produzione internazionalistica di Schmitt, né tanto meno proporre nuove interpretazioni del suo storicismo (37). A partire dalle premesse poste da Portinaro, quello che mi interessa, più modestamente, è esaminare la dialettica tra *Land* e *Meer* nelle sue diverse determinazioni storiche. È mia intenzione, cioè, riflet-

(34) Cfr. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 35.

(35) Cfr. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europeum*, cit., pp. 161-162.

(36) Ivi, p. 163.

(37) Accanto ai classici *Land und Meer* e *Der Nomos der Erde*, la produzione internazionalistica di Schmitt annovera numerosi saggi brevi, articoli, testi di lezioni magistrali e conferenze. Si veda la bibliografia proposta da Alessandro Campi in SCHMITT, *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 67-81, e quella contenuta in CUMIN, *Thalassopolitique*, cit. Più specificatamente in relazione alla contrapposizione tra terra e mare cfr. F. VOLPI, *Il potere degli elementi*, in SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 147-149. Infine, un'accurata ricostruzione della produzione giusinternazionalistica di Schmitt è in P. HAGGENMACHER, *L'itinéraire internationaliste de Carl Schmitt*, in C. SCHMITT, *Le Nomos de la terre*, PUF, Paris 2001, pp. 1-37.

tere su come l'ordinamento giuridico internazionale ha tentato di risolvere la tensione esistente tra spazi tanto differenti, ora negando qualsiasi valore giuridico al mare, ora subordinandolo alla terra, ora, infine, sancendo delicate forme di equilibrio.

3. Horror vacui.

« [La regina Elisabetta] non comprende per quale motivo Ella e gli altri Principi debbano essere banditi dalle Indie dal momento che non reputa che lo Spagnolo possa vantare alcun valido titolo dalla donazione del vescovo di Roma, cui Ella non riconosce alcuna prerogativa e tanto meno l'autorità di vincolare gli altri Principi, che non gli debbono alcuna obbedienza, in relazione a questioni come quella dell'arrivo dello Spagnolo nel Nuovo Mondo e della successiva donazione. E dunque gli Spagnoli senza alcun titolo sono andati qua e là, hanno costruito casupole e dato nomi a fiumi e promontori; fatti che in sé non garantiscono alcun diritto di proprietà. Così tale donazione, che non ha alcun valore giuridico, non può certo attribuire un'immaginaria proprietà e tanto meno può escludere gli altri Principi dal commerciare in tali paesi e dal fondare colonie, senza alcuna violazione del diritto delle genti, laddove non siano giunti gli Spagnoli, dal momento che il semplice comando, senza il possesso effettivo, vale poco » ⁽³⁸⁾.

Secondo quanto riporta William Camden nella sua *The Historie of the Most Renowned and Victorious Princesse Elizabeth, late*

⁽³⁸⁾ « She understood not, why hers and other Princes subjects should be barred from the Indies which she could not perswade herselfe the Spaniard had any rightfull title to by the Byshop of Rome' s donation, in whom she acknowledged no prerogative, much less authority in such causes that he should bind Princes which owe him no obedience, or infeoffe as it were the Spaniard in that New World and invest him with the possession thereof: nor yet by any other title than that the Spaniards had arrived here and there, built Cottages and given names to a River or a Cape; which things, cannot purchase any proprietie. So as this donation of that which is anothers, which in right is nothing worth, and this imaginary property, cannot let, but that other Princes may trade in those Countries, and without breach of the Law of Nations, transport Colonies thither, where the Spaniards inhabite not, for as much as prescription without possession is little worth ». Cfr. W. CAMDEN, *The Historie of the Most Renowned and Victorious Princesse Elizabeth, late Queene of England*, II, London 1630, p. 116, citato in W. G. GREWE, *The Epochs of International Law*, Berlin, de Gruyter, 2000, p. 246.

Queene of England (1610), questa fu la sarcastica replica di Elisabetta I alle rivendicazioni spagnole sul Nuovo Mondo, accampate dall'influente ambasciatore di Madrid alla Corte di San Giacomo, Bernardino de Mendoza ⁽³⁹⁾.

Difficile immaginare un incontro tra personalità così differenti: da una parte il legato di quel Filippo II d'Asburgo che, erede del grandioso disegno universalistico promosso da Carlo V, fu l'ultimo alfiere dell'ideale di *respublica christiana*. Dall'altra la figlia di Enrico VIII che dal padre aveva ricevuto, oltre al titolo regio, quello di capo della Chiesa dell'Inghilterra, ed aveva poi difeso entrambe le prerogative con strenua convinzione. Ma la vivace narrazione di Camden si riferisce soprattutto ad un drammatico contrasto — per dirla con Schmitt — tra *Ortungen* contrastanti, tra due concezioni dello spazio giuridico e politico radicalmente opposte.

Per comprendere i termini di un confronto che ha caratterizzato in profondità la prima età moderna è opportuno, in primo luogo, riflettere sulle conseguenze che l'apertura agli spazi oceanici ha avuto per le potenze marittime europee. Ed è proprio in questa prospettiva che il confronto con Schmitt si rivela imprescindibile.

L'Oceano, per il navigatore dell'età classica e medioevale, era qualcosa di assolutamente inesplorato: era un'estensione vuota, minacciosa, un non-spazio in cui il mito prendeva corpo. Odisseo nelle sue peregrinazioni si guardò bene dal superare le Colonne d'Ercole, e quando ciò avvenne, quando cioè l'Ulisse dantesco oltrepasò « quella foce stretta dov'Ercole segnò li suoi riguardi », non solo perse la vita ma la sua anima fu dannata per l'eternità. Ancora all'epoca gloriosa dei re-navigatori, l'età dell'oro della mariniera lusitana, la navigazione atlantica rimaneva strettamente legata al cabotaggio costiero ⁽⁴⁰⁾. Le Bolle pontificie *Romanus*

⁽³⁹⁾ Cfr. G. PARKER, *The grand strategy of Philip II*, New Haven-London, Yale University Press, 1998, trad. it., *La grande strategia di Filippo II*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2003.

⁽⁴⁰⁾ Per altro il giudizio degli storici sulle imprese lusitane è tutt'altro che univoco: « Dei cabotieri inquieti e paurosi, privi della minima audacia marinara ». Questo lo sprezzante giudizio con cui Georg Friederici bolla la mariniera lusitana. Cfr. G. FRIEDERICI, *Der Charakter der Entdeckung und Eroberung Amerikas durch die Europeer*, Bd. I-III, Perthes, Stuttgart-Gotha, 1925-1936, ed in particolare bd. 2, p. 23. Dell'opera di Friederici esiste una edizione meno risalente in lingua castigliana, si veda G. FRIEDERICI, *El caracter del*

Pontifex (1455) ed *Inter Caetera* (1456) con la quale si sanzionavano i diritti del Regno di Portogallo « a capitibus de Bojador et de Nam usque per totam Guineam et ultra versus illam meridionalem plagam usque ad Indos », significativamente facevano riferimento all'orografia costiera ⁽⁴¹⁾. E se le prue dei *drakkar* vichinghi, come oggi suggeriscono gli archeologi, solcarono le gelide acque dell'oceano Atlantico, lo fecero rasentando l'Islanda e la Groenlandia. Si trattò dunque di una rotta da pescatori, o da cacciatori di pellicce, più che da esploratori, e forse anche per questo le loro effimere imprese rimasero sconosciute al di fuori dei *kraal* scandinavi.

La diffidenza verso l'Oceano, d'altra parte, ha radici antiche. Gli imperi marittimi d'Occidente si svilupparono entro mari chiusi: la loro 'occupazione di mare' era circoscritta, non si estendeva al di là del bacino mediterraneo o, al più, di quello baltico e del Mare del Nord ⁽⁴²⁾. Come non manca di annotare Schmitt, « tutti gli

descubrimiento y de la conquista de América: introduccion a la historia de la colonizacion de América por los pueblos del Viejo Mundo, voll. I-III, Mexico, Fondo de Cultura Economica, 1973-1988. Il passo di Friederici, storico ed etnografo di primo piano nella Germania gugliemina e weimariana, è citato, per poi essere subito dopo confutato, da Fernand Braudel in F. BRAUDEL, *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe 2*, Paris, Colin, 1976, trad. it., *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell'età di Filippo II*, voll. 1-2, Einaudi, Torino 1986, ed in particolare vol. I, p. 101.

⁽⁴¹⁾ Si trattava di due Bolle strettamente collegate: la prima sanciva il dominio temporale della monarchia portoghese sui territori scoperti. La Bolla successiva, invece, aveva ad oggetto la regolazione del profilo giurisdizionale e religioso di tale espansione. I testi delle *Bullae* sono in W. G. GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, voll. I-III, Berlin, de Gruyter, 1992-1995, ed in particolare vol. I, pp. 642-648. Sulle vicende legate al primo expansionismo portoghese, con particolare riferimento all'evoluzione dell'ordinamento giuridico internazionale, cfr. ID., *The Epochs of International Law*, cit., pp. 229-233.

⁽⁴²⁾ Ci si può chiedere se, adottando le categorie schmittiane, non vada ridimensionata la tanto celebrata vocazione talassica delle culture polinesiane e melanesiane. Tra l'altro si può dubitare che tali culture siano giunte ad elaborare la stessa categoria spaziale di 'oceano'. Spostandoci di qualche meridiano, è per lo meno significativo che nelle Hawai'i lo 'obana', il gruppo parentale che costituisce l'unità fondamentale dell'ordinamento giuridico e politico, si identifichi con la 'aina', la terra che dà nutrimento. Escluso dunque ogni riferimento agli spazi marini, anche per una cultura così remota il diritto promana dalla relazione tra la comunità ed il territorio. Si veda in tal senso C. L. CONNERY, *Ideologies of Land and Sea: Alfred Thayer Mahan, Carl Schmitt, and the Shaping of Global Myths Elements*, in « Boundary », 28, 2001, 2,

ordinamenti preglobali erano essenzialmente terranei, anche se comprendevano domini marittimi e talassocrazie » (43). Si potrà dunque parlare di civiltà continentali, potamiche, talassiche, ma certo non di civiltà oceaniche, riconoscendo implicitamente il carattere rivoluzionario dell'*ordo* generatosi con la scoperta del Nuovo Mondo.

Prevaleva dunque una mentalità 'terranea', ancorata al dogma assoluto ed indiscutibile dell'occupazione di terra (*Landnahme*), alla ripartizione degli spazi fisici, alla determinazione sacrale dei confini. Come Schmitt non si stanca di ribadire, il diritto ha salde radici telluriche: « i grandi atti primordiali del diritto », fa rilevare nel *Nomos der Erde*, « restano localizzazioni legate alla terra » (44). L'occupazione della terra, in tal senso, ha istituito diritto secondo una duplice 'direzione': internamente al gruppo occupante, tramite il solco del vomere, si è ripartito il suolo in proprietà. Verso l'esterno l'occupazione è invece divenuta la misura della sovranità della comunità. Il termine stesso di *nomos*, pur nella sua pluralità di significati, prova la solidità del binomio tra *Ordnung* e *Ortung* (45). Questo sostantivo deriva, come precisa Schmitt, dal verbo greco *nemein* che è polisemantico: può indicare la conquista, il titolo originario ma anche la brutale presa di possesso dello spazio territoriale. Può poi essere utilizzato in relazione alla fase della ripartizione di tale spazio, al momento dell'aggregazione della comunità, della nascita dell'ordinamento giuridico e, più in generale, delle istituzioni politiche, sociali e religiose. Infine, *nemein* è associato alle modalità di sfruttamento economico di tale spazio, in particolare alla pastorizia. Ma altri ancora sono i vocaboli che

pp. 173-201. Si tratta di un saggio forse troppo ambizioso, ma che offre numerosi spunti di riflessione.

(43) Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., pp. 19-29. Si vedano anche le considerazioni contenute in Id., *Terra e Mare*, pp. 25-30.

(44) Cfr. SCHMITT, *Terra e Mare*, p. 22.

(45) Ivi, pp. 54-71. Questa accurata esegesi del sostantivo *nomos* ricorre più volte in Schmitt: si veda ad esempio SCHMITT, *Terra e Mare*, cit., pp. 73-74, ed ancora Id., *Appropriazione, divisione, produzione*, cit., pp. 297-298. Infine cfr. Id., *Nomos-Nahme-Name*, in S. Behn (hrsg.), *Der beständige Aufbruch. Festschrift für Erich Przywara S.J.*, Nürnberg, Glock und Lutz-Verlag, 1959, pp. 92-105, trad. it., *Nomos — Presa di possesso — Nome*, in C. RESTA, *Stato mondiale o 'nomos' della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, Roma, Pellicani, 1999, pp. 107-131, in particolare pp. 122-126.

esprimono la natura tellurica del diritto: si pensi solo a *limes*, un termine che nel suo significato originario indicava la pietra di confine tra i fondi rustici, ma che nell'Europa pre-moderna è divenuto il discrimine della soggettività politica e giuridica del corpo sociale.

È appena il caso di notare come negli ordinamenti più antichi il rapporto tra diritto e terra assuma perfino sfumature religiose. Si tratta di un carattere particolarmente evidente nel diritto romano arcaico, laddove la rimozione delle pietre che segnavano il confine tra i fondi limitrofi veniva considerata *scelus inexplabile*, da punire, secondo una legge che si vuole ascrivere a Numa, con la *consecratio capitis et bonorum* del reo. Stigma devastante, la sacertà non solo implicava l'immediato allontanamento del colpevole dalla comunità ma anche il suo abbandono alla vendetta della divinità offesa, in questo caso il dio Termine. In una società elementare quale quella della Roma monarchica, ciò comportava che il reo fosse privato di qualsiasi tutela: chiunque avrebbe potuto ucciderlo senza timore di alcuna sanzione ⁽⁴⁶⁾.

Fin dall'età arcaica la relazione tra terra e diritto necessitava di simboli forti, in grado di qualificare la comunità, di determinarne lo spazio politico ⁽⁴⁷⁾. Nessuna sorpresa dunque che tra le prime forme di architettura si fosse imposta la costruzione di fortificazioni. Le mura, siano esse di terra pressata come tra le tribù che vivevano disperse nelle lande della Gallia cesariana, siano strutture lignee come quelle che difendevano i primi *castra* romani od imponenti costruzioni in pietra e mattoni come nel caso della cinta muraria della Roma tardo-imperiale, sono state un segno identitario imprescindibile ⁽⁴⁸⁾. Prima ancora che militare, la loro funzione è stata quella di delimitare la comunità, determinando allo stesso tempo lo *status* degli individui. Si tratta di una caratteristica, questa, che ha

⁽⁴⁶⁾ Per un primo inquadramento della *consecratio* cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 4-6.

⁽⁴⁷⁾ Sull'evoluzione della nozione di spazio politico, dalla *polis* alla *civitas maxima* cosmopolitica si veda C. GALLI, *Spazi politici*, Bologna, il Mulino, 2001.

⁽⁴⁸⁾ Ancora per Giustiniano le mura e le porte della città sono *res sanctae*. Sul punto si vedano le stimolanti riflessioni contenute in U. VINCENTI, *Il fondamento materiale della centuriazione: l'idea romana di 'res'*, in « Agri Centuriati », 1, 2004, pp. 23-29.

segnato in profondità la società occidentale. Il diritto, nel suo nucleo arcaico, è strettamente legato all'immagine di uno spazio circoscritto, conchiuso. Prima di essere sistema di regole, è determinazione spaziale. L'aratro di Romolo, bagnato nel sangue del fratello, segna la nascita di un nuovo *ordo* giuridico e politico. E dunque tutta l'architettura castrense, con le sue torri, le opere murarie, le porte attraverso cui la comunità entra in contatto con l'esterno, può essere interpretata come una grandiosa celebrazione del trionfo del diritto sullo spazio fisico.

Il *nomos* — la presa di possesso — non è dunque indeterminato, ma nel delimitare lo spazio, segna il suo ambito di vigenza. In quanto *ordo ordinans* si configura, osserva Schmitt, « in un atto originario, costitutivo e ordinativo in senso spaziale », che solo il lessico 'geo-giuridico' è in grado di svelare nella sua reale portata⁽⁴⁹⁾. Si pensi, ad esempio, all'etimologia del sostantivo 'confine', che è in tal senso rivelatrice dell'intima natura del *nomos*: *cum fine*, 'con un limite'⁽⁵⁰⁾. Ritorna ancora l'immagine del solco del vomere impresso nella terra, del diritto che si appropria dello spazio fisico, ripartendolo, suddividendolo in unità. « È il confine », ha suggerito Umberto Vincenti, « che crea la *res* suscettibile di possesso *ad excludendum omnes alios* e, dunque, di divenire oggetto di dominio, di diritto che autorizza e giustifica la cacciata violenta dell'invasore »⁽⁵¹⁾.

La ripartizione spaziale ha conseguenze estremamente rilevanti per l'individuo: attraversare il confine non significa solo entrare in contatto con norme e usi diversi, significa modificare il proprio *status*. È appena il caso di ricordare — e siamo già nel pieno dell'Età di Mezzo — come l'espansione delle città fosse avvenuta all'insegna del brocardo di origine germanica 'l'aria della città rende

⁽⁴⁹⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 70. Mutuo l'aggettivo 'geo-giuridico' dal sostantivo 'geo-diritto' usato con grande efficacia da Irti in IRTI, *Norma e luoghi*, cit. L'uso del termine *geo-juridiques* è inoltre attestato da Peter Haggemacher che, in relazione alla filosofia del diritto schmittiana, riporta anche la definizione di *Geojurisprudenz*. Cfr. P. HAGGENMACHER, *L'itinéraire internationaliste de Carl Schmitt*, in SCHMITT, *Le Nomos de la terre*, cit., p. 41.

⁽⁵⁰⁾ Si vedano in tal senso le puntuali osservazioni di F. ARMAO, *Confine*, in F. ARMAO e V.E. PARSÌ (a cura di), *Società internazionale*, Milano, Jaca, 1996, pp. 89-91.

⁽⁵¹⁾ Cfr. VINCENTI, *Il fondamento materiale della centuriazione*, cit., p. 23.

liberi'. Un miraggio che aveva favorito il massiccio inurbamento delle genti del contado in fuga dal sistema feudale in crisi.

Ma la relazione tra determinazione degli spazi e creazione dell'identità trova una chiara esemplificazione nelle vicende della Roma imperiale: esaurita la spinta verso l'esterno, gli Imperatori non esitarono a ricorrere al ciclopico sistema dei valli per difendere il *limes imperii Romani*. A ben vedere, però, il *vallum africanum*, come il vallo germanico e quelli celebri voluti da Adriano ed Antonino per difendere la *Britannia* romana dalle incursioni degli Scoti e dei Pitti, non hanno avuto solo uno scopo militare. Piuttosto è fondamentale esaminare in chiave schmittiana i riflessi sul piano giuridico e politico di questo irrigidimento del *limes*, del suo rafforzamento come strumento di delimitazione spaziale. Non è un caso infatti che il sistema dei *valla* abbia coinciso cronologicamente con il processo di allargamento della cittadinanza romana, destinato a culminare con la concessione della *civitas* a tutti gli abitanti — *exceptis dedictiis* — dell'Impero sancita dall'Editto di Caracalla (212 d.C.).

Ed il mare? Non deve meravigliare che per civiltà così saldamente ancorate alla dimensione terrestre, ad una concezione sacrale del confine, le distese marine siano state difficilmente sussumibili all'interno di categorie in senso proprio giuridiche. Refrattario a ogni partizione, irriducibile a qualsiasi diritto di proprietà, il mare è libero. I guai di Odisseo incominciano una volta approdato, durante la navigazione non c'è nessun altro inconveniente oltre a quello, peraltro notevole, dell'ira di Poseidone. Gli Argonauti in viaggio verso la Colchide devono schivare l'abbraccio mortale delle Simglegadi, ma nessuno si sogna di interdire loro il passaggio attraverso l'Ellesponto. I profughi in fuga disperata da Ilio vanno incontro a molti pericoli durante le loro peregrinazioni attraverso il Mediterraneo, ma vengono coinvolti nei giochi di potere del Lazio arcaico — acquisiscono per così dire soggettività politica — solo dopo essere sbarcati, stremati, alla foce del Tevere.

Il mare, suggerisce Schmitt, per tutta l'età premoderna è stato davvero qualcosa di 'altro': i suoi flutti sono sfuggiti a qualsiasi forma di *imperium* ⁽⁵²⁾. Anche l'universalismo che ha caratterizzato

(52) La questione della possibilità per gli Stati dell'età Antica e Classica di esercitare una qualche forma di dominio sugli spazi marini è, per lo meno, controversa.

la dottrina politica medioevale si arrestava di fronte agli spazi marini. Il mare non tollerava *dominium*. Come già aveva annotato Ulpiano, « mari quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest »⁽⁵³⁾. Ed in quanto *res communis omnium*, ha sottolineato Wilhelm Grewe, il mare è giuridicamente incommensurabile, è alieno da qualsiasi titolo legale⁽⁵⁴⁾. Sfugge perfino alla giurisdizione del *dominus mundi*: il Papa e l'Imperatore, per altro due soggetti politici con interessi strategici saldamente 'continentali', non intervennero a disciplinare il diritto marittimo, lasciando che evolvesse secondo linee consuetudinarie⁽⁵⁵⁾.

Giova qui richiamare l'attenzione sull'autorevole opinione di Coleman Philippon che, basandosi su una vasta serie di fonti — da Erodoto a Tuciddide a Plutarco —, ipotizza tra mille cautele che « property in the sea was considered possibile », con particolare riferimento alle lontane vicende della civiltà minoica ed a quelle più documentate dell'Atene periclea. Cfr. C. PHILLIPSON, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, voll. I-II, London, Macmillan, 1911 (rist. Buffalo-New York, Hein, 2001), ed in particolare vol. II, p. 376. Mi chiedo però se tali fonti, in realtà, più che all'esercizio di un vero e proprio diritto, non facciano piuttosto riferimento ad una situazione di fatto, riflesso ora della talassocrazia cretese, ora di quella ateniese.

⁽⁵³⁾ D. 8, 4, 13pr. (Ulp., VI *opin.*). Per un inquadramento esegetico del passo ulpiano cfr. B. SANTALUCIA, *I Libri opinionum di Ulpiano*, I, Milano, Giuffrè, 1971, p. 190. L'anomia delle regioni marittime trova una riprova nel fatto che ancora in una recente monografia relativa all'evoluzione del diritto internazionale nell'Età Antica, l'autore può permettersi tranquillamente di ignorare la questione del regime giuridico dei mari. Cfr. il pur documentatissimo D. BEDERMAN, *International Law in Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

⁽⁵⁴⁾ Sulla corretta qualificazione giuridica del mare — nonché sulla sua rilevanza nello *ius gentium* — le opinioni sono in realtà divise: si pensi solo alla polemica al calor bianco che alla metà del secolo scorso ha opposto due protagonisti della romanistica come Gabrio Lombardi e Giuseppe Branca: cfr. in tal senso G. BRANCA, *Le cose extra patrimonii humani iuris*, in « Annali triestini di diritto, economia e politica », XII, 1941, nonché le severe critiche mossegli da Lombardi in G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di 'ius gentium'*, Milano, Giuffrè, 1946 in particolare pp. 49-172, ed infine l'ancor più dura replica di Branca in G. BRANCA, *Ancora sulle 'res publicae iuris gentium'*, in F. CARNELUTTI, M. T. ZANZUCCHI, P. CALAMANDREI, A. SEGNI, T. CARNACINI (a cura di), *Studi in onore di Enrico Redenti nel quarantesimo anno del suo insegnamento*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 179-194.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., p. 132. Questo non impedì ai Glossatori di rivendicare a favore dell'Imperatore, « quia dominus omnium est », la *iurisdictio* sul mare. Sul punto si veda la ricostruzione offerta da Paolo Marchetti in P. MARCHETTI, *De iure finium. Diritto e confini tra tardo medioevo ed età moderna*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 205-209. Ma c'era anche chi preferiva assegnare

È una ‘riserva di legislazione’, questa, che ha radici antiche, se già nel Digesto, a proposito della *Lex Rhodia de iactu*, Meciano fa dire ad Antonino Pio: « Ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης »⁽⁵⁶⁾. Il *dominium* dell’imperatore si arresta ineluttabilmente di fronte alle distese marine. E, si badi bene, non si parla delle ignote vastità oceaniche, popolate di creature mostruose, ma di quello che — per dirla con Fernand Braudel — altro non è che « un mare tra montagne »⁽⁵⁷⁾. Appare a questo punto lecito chiedersi se la tanto abusata espressione *Mare Nostrum*, con cui si celebrava il dominio romano sul bacino mediterraneo, non debba essere ridimensionata una volta per tutte: Roma non dominava le acque del Mediterraneo, ma solo le sue coste⁽⁵⁸⁾.

tale potere al Pontefice, invocando il fatto che la *donatio Constantini* aveva riservato al Papa le *insulae*. Sul punto cfr. A.A. CASSI, ‘*Ius Commune*’ tra Vecchio e Nuovo Mondo, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 139-146.

⁽⁵⁶⁾ D., 14, 2, 9, *De lege Rhodia de iactu*. Mario Fiorentini ha mostrato come la legislazione romana in tema di tutela delle acque marittime abbia avuto una valenza essenzialmente civilistica. In sostanza tale legislazione si limitava ad una serie di interventi pretorili relativi alla tutela della libertà di navigazione costiera ed alla regolamentazione dello sfruttamento delle risorse ittiche. Le *opiniones* dei giureconsulti completavano poi il quadro normativo. Questo non ha impedito che proprio a partire da questa composita congerie i Glossatori prima, ed i giuristi del Cinque-Seicento poi, desumessero con operazioni esegetiche spesso spericolate i principi fondamentali dell’ordinamento marittimo. Cfr. M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell’esperienza giuridica romana*, Roma, La Sapienza, 1999, in particolare pp. 1-54 e 235-349, e ID., *Mare libero e mare chiuso. Su alcuni presupposti romanistici dei rapporti internazionali nei secoli XVI-XVIII*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Talamanca*, Napoli, Jovene, 2001, pp. 321-353. Questo *modus operandi* era destinato a durare a lungo: si veda ancora lo ‘stile’ di un giurista del tardo Settecento, come Domenico Azuni, nella ricostruzione che ne ha dato Paolo Garbarino in P. GARBARINO, *Il diritto romano nel ‘Droit Maritime de l’Europe di Domenico Alberto Azuni. In memoria di Alberto Silingardi*, in « Archivio Giuridico », CCXXII, 2002, 4, pp. 569-604.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. BRAUDEL, *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell’età di Filippo II*, cit., vol. I, p. 9.

⁽⁵⁸⁾ È opinione diffusa che, una volta eliminata Cartagine e debellata la pirateria endemica nel Mediterraneo Orientale, l’assenza di attori in grado di contrastare l’egemonia romana sul bacino mediterraneo abbia di fatto reso superflua l’istituzione di un ordinamento marittimo, in tal senso cfr. CASSI, ‘*Ius Commune*’ tra Vecchio e Nuovo Mondo, cit., pp. 114-121. Di fatto Roma, evidentemente disinteressata a possibili espansioni lungo le pur promettenti coste del Mar Rosso e del Golfo Persico, si sarebbe accontentata di disciplinare lo sfruttamento delle acque costiere e, al più, di emanare

Il mare apparteneva dunque ad un altro *ordo*, rappresentando uno spazio anarchico in cui perfino le categorie del diritto e della morale sembravano essere sovvertite. Ancora un tardo umanista come Andrea Alciato potrà permettersi di scrivere « pirata minus delinquit, quia in mari delinquit » (59). Il mercante che solcava i mari, d'altra parte, poteva facilmente spogliarsi dei panni di pacifico commerciante per vestire quelli del pirata, come testimoniano le vicende di Landolfo Rufolo narrate da Boccaccio: di fronte al *crack* finanziario il mercante di Ravello, « comperò un legnetto sottile da corseggiare [...] e diessi a far sua della roba d'ogni uomo » (60). Nell'epoca d'oro della guerra di corsa questa fu quasi la regola: John Hawkins, il grande maestro di Francis Drake, alternò con successo attività mercantile e guerra di corsa. Le vicende di Henry Mainwaring, un altro campione della mariniera inglese, hanno in tal senso un carattere quasi romanzesco: uomo — come si dice oggi — di straordinaria flessibilità, Mainwaring fu prima avvocato, poi mercante, quindi cacciatore di pirati e pirata lui stesso, fino a divenire influente membro del Parlamento sotto gli Stuart.

Approfondendo le premesse schmittiane è forse possibile radicalizzare il confronto tra terra e mare: nel Medio Evo le distese marine tendevano infatti ad assumere valenze ulteriori, sconfinando nell'escatologia. Il mare per l'uomo medievale era uno spazio senza confini, indistinto, e come tale suscitava diffidenza, inquietezza. Il testo dell'Apocalisse — è lo stesso Schmitt a ricordarlo — è esplicito: nel tempo della nuova Gerusalemme mondata dal peccato il mare non esisterà più (61).

Le distese marine rappresentavano per la Cristianità un terri-

disposizioni — essenzialmente a carattere penalistico — atte a reprimere la pirateria. Su quest'ultimo fenomeno si veda l'affascinante ricostruzione contenuta in P. DE SOUZA, *Piracy in the Graeco-Roman World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999. L'autore, a mio avviso, ha tra l'altro il merito di ampliare la visuale tradizionale, allargandola anche alle coste atlantiche e baltiche.

(59) Citato in SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 21.

(60) Per una lucida riflessione sul significato della 'corsa' cristiana, cfr. F. CARDINI, *Quell'antica festa crudele*, Milano, Mondadori, 1997, pp. 302-305.

(61) Come ha avuto modo di ricordare tra gli altri Aldo Andrea Cassi, già nel Vecchio Testamento emerge un atteggiamento di forte diffidenza verso il mare. Cfr. CASSI, *Ius Commune' tra Vecchio e Nuovo Mondo*, cit., p. 86.

torio ricco di insidie, tanto per il corpo che per l'anima. È un medievista di rango come Marco Tangheroni a ricordare come a bordo fosse « proibito celebrare messa e conservare le sacre specie » (62). Ed il mercante, già di per sé una figura ambigua per molta della Scolastica, lo è ancora di più quando svolge i suoi traffici per mare, commerciando con i Greci eretici, o, abominio, con i Mori infedeli (63). Ed è sempre Tangheroni ad aver sottolineato come, nel Medio Evo, le genti di mare esprimessero una religiosità del tutto peculiare, gelosa delle proprie devozioni quanto permeabile alla superstizione: se ai primi del Duecento — in un'età di sincera e scrupolosa ortodossia — oltre la metà dei 'legni' genovesi e veneziani recava un nome laico quando non addirittura paganeggiante, ancora in tardi manuali nautici come la *Raxion de' marineri*, pubblicato a Venezia nel 1444, accanto all'indicazione delle feste dei santi, si potevano trovare pagine dedicate all'influenza delle stelle sulle « fortune de mar » o alla determinazione dei giorni nefasti per la navigazione. Mai arrischiarsi a prendere il largo, si può ad esempio leggere, il 1° di aprile « perché in tal dì Chain olxise so fradel Abel e quello fu el primo sangue fu spanto al mondo » (64). Si tratta di una spia che denuncia come sui mari, non solo l'ordine temporale, ma anche l'autorità di Pietro tendesse a divenire evanescente.

Non è dunque un caso se i primi Crociati, gente dalle saldi radici terranee guidata da un'aristocrazia franco-germanica poco avvezza agli spazi marini, nella loro marcia verso la Terrasanta preferirono il difficile percorso balcanico ed anatolico piuttosto che l'imbarco nei porti della penisola italiana. D'altra parte, nel valutare

(62) Cfr. M. TANGHERONI, *Commercio e navigazione nel Medioevo*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 240-241.

(63) Sulla figura del mercante medioevale cfr. A. J. GUREVIC, *Il mercante*, in J. Le Goff (a cura di), *L'uomo medioevale*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 271-317. Come Aron Gurevič ha modo di sottolineare, a partire dal XIII sec. si assiste ad un progressivo reinserimento della figura del mercante nella *societas christiana*. Non è un caso che tra i grandi promotori di questo processo vi fu Jacopo da Varazze, autore della celebre *Legenda Aurea*, ma soprattutto influente Arcivescovo di Genova. E dei cittadini della Superba si usava dire « genovese, dunque mercante ».

(64) Si veda ancora una volta TANGHERONI, *Commercio e navigazione nel Medioevo*, cit., pp. 242-243.

la diffidenza dell'Occidente cristiano verso il mare, non possiamo dimenticarci che il Mediterraneo è stato per secoli un lago arabo e barbaresco. Ed il diffuso ricorso alle fortificazioni costiere, oltre che una risposta a tale supremazia, è una potente metafora dell'atteggiamento dell'Occidente medievale di fronte alle distese marine. Ancora alla metà del Cinquecento verranno impegnate somme ingenti per rafforzare le difese costiere dei Vicereami di Napoli e di Sicilia: il solo Ferrante Gonzaga fece costruire tra il 1535 ed il 1543 ben centotrentasette torri di avvistamento per proteggere le coste siciliane dalle minacce turche e barbaresche ⁽⁶⁵⁾.

Alla luce di queste considerazioni l'affermazione di Bartolo contenuta nel *De Insula*, secondo cui la *iurisdictio* del sovrano si estendeva entro le cento miglia marine, appare oggi nient'altro che un richiamo formalistico a principi desunti *per analogiam* dalla legislazione classica ⁽⁶⁶⁾. Mentre la concessione alla Repubblica di Genova, da parte di Raimondo di Tolosa, del monopolio commerciale su un'area che copriva grosso modo il bacino nordoccidentale del Mediterraneo — avvenuta nel lontano 1174 — per quanto significativa, ha rappresentato un episodio isolato, un'eccezione tutt'altro che fondante dovuta al peculiare contesto geopolitico in cui si trovava ad operare la Repubblica di San Giorgio ⁽⁶⁷⁾.

Solo a partire dalla metà del tredicesimo secolo, in corrispondenza con il decrescere della pressione araba e berbera e con il miglioramento delle tecniche di navigazione, si ebbero i primi tentativi di esercitare forme embrionali di sovranità marittima: nel 1209 Venezia, ad esempio, ottenne dall'Imperatore il controllo esclusivo sull'Adriatico settentrionale, a nord della linea Ravenna-Golfo del Quarnaro ⁽⁶⁸⁾. Come non mancarono di sottolineare oltre tre secoli dopo i giuristi impegnati a difendere le ragioni della

⁽⁶⁵⁾ Braudel ha insistito in particolar modo sull'immagine di un Occidente 'catafratto', cfr. ad esempio BRAUDEL, *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell'età di Filippo II*, cit., vol. II, pp. 902-919.

⁽⁶⁶⁾ Il passo di Bartolo, annotato da Grewe, è in GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, cit., vol. I, pp. 692-693.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, pp. 676-677.

⁽⁶⁸⁾ Ivi, pp. 677-678. Secondo numerosi studiosi, questo accordo replicherebbe in realtà *pacta* precedenti. In tal senso si veda tra gli altri, G. VISMARA, *Scritti di storia giuridica. Comunità e diritto internazionale*, vol. 7, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 441-474.

Serenissima contro le mire spagnole, tale concessione attribuiva a Venezia il compito di « illud mare tutum et securum reddere, et purgare a piratis ». Al tempo stesso riservava a Venezia il diritto di esigere « vectigalia, gabellas, et collectas » sul traffico mercantile, ma soprattutto la facoltà di interdire a proprio piacimento l'accesso all'Adriatico settentrionale ⁽⁶⁹⁾.

Al di fuori del Mediterraneo, poi, erano risalenti nel tempo i tentativi del Regno di Danimarca di 'vincolare' le rotte commerciali tra Baltico e Mare del Nord, mentre il Regno di Norvegia rivendicò a lungo il monopolio sulla pesca nelle remote acque dell'Islanda. I Plantageneti, dal canto loro, in virtù dei possedimenti in terra di Francia poterono fregiarsi del titolo di 'dominus utriusque ripae', tentando in effetti di esercitare un blando controllo sulla Manica, diretto per lo più alla repressione della pirateria endemica in quelle acque ⁽⁷⁰⁾. Ma, nuovamente, occorre cautela: in un'epoca in cui l'effettività dello *jus gentium* si misurava spesso sul filo della spada, si può dubitare che i Regni di Castiglia, di Francia e di Inghilterra, a lungo privi di una marina 'nazionale', possano avere esercitato un potere anche solo lontanamente assimilabile al moderno concetto di sovranità marittima ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. J. PACIUS A BERIGA, *De dominio maris Hadriatici disceptatio inter Sereniss. Regem Hispaniarum ob regnum Neapolitanum, et Sereniss. Rempublicam Venetam*, Lugduni, 1619, pp. 36-39, citato in GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., p. 130.

⁽⁷⁰⁾ Si tratta di un'argomentazione cara a John Selden nella sua appassionata difesa delle prerogative inglesi sull'*Oceanus Britannicus*. Cfr. S. CARUSO, *La miglior legge del regno: consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)*, voll. I-II, Milano, Giuffrè, 2001, ed in particolare vol. II, pp. 591-629. Sulla problematicità del concetto di 'acque territoriali', se riferito all'esperienza giuridica medioevale, si veda GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 129-133.

⁽⁷¹⁾ Le vicende della sovranità marittima degli Stati europei sono strettamente legate alla costituzione di una flotta permanente, posta sotto il diretto controllo del monarca. È sintomatico che solo a partire dal 1254, regnante Alfonso X *El Sabio*, l'ordinamento castigliano prevedesse la carica dell'*Almirantazgo*. In Francia solo mezzo secolo più tardi, con Filippo IV il Bello, viene formato un nucleo stabile di forze navali sotto il diretto controllo della Corona e finanziato attraverso un'apposita tassa, l'*obole de la mer*. L'Inghilterra — paradosso della storia — pur essendo duramente impegnata anche sui mari durante la Guerra dei Cento Anni, non ebbe per tutto il Medio Evo una propria marina permanente. A titolo introduttivo si veda J. B. HATTENDORF e R.W.

D'altro canto, il contributo della scienza giuridica medioevale alla determinazione dello statuto giuridico degli spazi marittimi è difficile da valutare. È vero che la questione del *dominium mari* non fu ignota ai *doctores iuris*: si pensi solo al peso che hanno avuto le riflessioni di Baldo e di Bartolo sulla successiva elaborazione di un Alberico Gentili o di un Paolo Sarpi⁽⁷²⁾. Ma per lo più si trattava trattazioni che, ricche di riferimenti all'universalismo dominante la cultura giuridica e politica medioevale, peccavano di astrattezza. Oppure erano argomentazioni che, rivolte a legittimare il controllo esercitato da specifici soggetti politici su specifiche regioni costiere — *in primis* al fine di reprimere la pirateria —, tendevano a replicare schemi e modelli propri dell'ordinamento feudale. In definitiva le *opiniones* dei *doctores iuris*, al di là dell'*auctoritas* di chi le esprimeva, finivano con l'aver scarso rilievo sul piano concreto.

La nozione di 'sovranità marittima', intesa come proiezione sui mari del *dominium* statale, appartiene indiscutibilmente all'Evo Moderno⁽⁷³⁾. I precoci tentativi di regolamentare gli spazi marittimi sono stati ben lontani dallo smentirne la natura anarchica, e certo non hanno preparato a quella vera e propria rivoluzione

UNGER (eds), *War at Sea in the Middle Ages and Renaissance*, Woodbridge, Boydell Press, 2003, ed in particolare i seguenti saggi ivi contenuti: sulla nascita del potere marittimo castigliano L. V. MOTT, *Iberian Naval Power, 1000-1650*, pp. 105-118, sulle vicende inglesi I. FRIEL, *Oars, Sails and Guns: The English and War at Sea, c. 1200 - c. 1500*, pp. 69-82 ed infine T. J. RUNYAN, *Naval Power and Maritime Technology during the Hundred Years War*, pp. 53-68. Un'agile ricostruzione delle problematica in esame è poi contenuta in R. AVEKORN, *The Sea as European, Diplomatic, Political, and Economical Battlefield in the Times of the Hundred Years War*, in L. François, A.K. Isaacs (a cura di), *The Sea in European History*, Pisa, PLUS, 2001, pp. 191-218.

⁽⁷²⁾ In relazione a questa delicata problematica, rimando ancora una volta a CASSI, *'Ius Commune' tra Vecchio e Nuovo Mondo*, cit., pp. 85-166.

⁽⁷³⁾ Si veda però l'ipotesi suggerita da Giulio Vismara in VISMARA, *Scritti di storia di storia giuridica. Comunità e diritto internazionale*, cit., pp. 441-474. Secondo Vismara il diritto marittimo e, in particolare, la nozione di mare territoriale nascono già nell'Alto Medioevo. L'ipotesi è affascinante, ma come lo stesso Vismara è costretto ad ammettere "rare sono le norme giuridiche e le testimonianze della prassi, completo è il silenzio delle fonti" circa l'esistenza di un vero e proprio ordinamento marittimo. Il rischio di proporre indebite anticipazioni cronologiche è dunque concreto. In tal senso faccio mia la cautela espressa da autori come Benedetto Conforti e Wilhelm Grewe in B. CONFORTI, *Il regime giuridico dei mari*, Napoli, Jovene, 1957, pp. 10-56 e GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 129-133.

geopolitica e ‘geo-giuridica’ (*Raumrevolution*) rappresentata dalla scoperta del Nuovo Mondo.

4. *L'occupazione del mare.*

Il ritorno di Colombo in Europa, avvenuto il 15 marzo 1493, ebbe un effetto dirompente sul sistema internazionale. I primi a percepire con lucidità le implicazioni connesse al fortunato viaggio del navigatore genovese furono gli stessi finanziatori dell'impresa, i sovrani di Spagna. Iniziò così un'attività diplomatica a dir poco convulsa. Era infatti necessario contrastare quella sorta di monopolio sull'attività esplorativa che la corona lusitana si era riservata fin dagli anni ‘eroici’ di Enrico il Navigatore e della penetrazione lungo le coste dell'Africa, avvenuta alla prima metà del Quattrocento⁽⁷⁴⁾. L'asso nella manica dei Portoghesi, come si è visto, erano le Bolle pontificie con cui solo pochi decenni prima Niccolò V, seguito poi da Callisto III, aveva esteso la zona di influenza lusitana « usque ad Indos ». Solo che al soglio pontificio sedeva ora un Papa assai più sensibile agli interessi della corona di Castiglia. L'intervento dello spagnolo Alessandro VI, al secolo Rodrigo Borgia, non poté che smentire l'indirizzo precedente. Meno di due mesi (3-4 maggio 1493) dopo l'arrivo di Colombo il Papa emanava una serie di bolle che, segnando il progredire dei negoziati ispanico-lusitani, attribuivano ai due regni iberici le Indie, stabilendo come linea di confine tra le rispettive zone di influenza il meridiano che passava a cento miglia dalle Azzorre⁽⁷⁵⁾. Si trattava di una determinazione

(74) Sulla peculiare fisionomia del primo colonialismo portoghese cfr. H. BULL, *European States and African Political Communities*, in H. BULL e A. WATSON (eds), *The Expansion of International Society*, Oxford, Oxford University Press, 1984, trad. it., *Gli Stati europei e le comunità politiche africane*, in H. Bull e A. Watson (a cura di), *L'espansione della società internazionale*, Milano, Jaca, 1993, pp. 103-119.

(75) Il 3 maggio 1493, con la prima *Bulla* il cui testo originario è andato perso, il Pontefice donava, concedeva ed assegnava in perpetuo il Nuovo Mondo ai Re Cattolici. Contemporaneamente una seconda Bolla, emanata lo stesso giorno, veniva a specificare le prerogative spettanti al Re di Castiglia. Il giorno successivo fu emanata una terza, e poi una quarta Bolla, comunemente conosciuta come *Inter caetera* per la sua valenza autoritativa, che ripartiva le rispettive zone di espansione. Il testo di quest'ultima Bolla è in GREWE, *Fontes historiae turis gentium*, cit., vol. II, pp. 103-109.

ambigua, che se da un lato aveva la funzione di disinnescare la tensione esistente tra i due Regni iberici, dall'altro apriva la strada alla successiva *tranche* di negoziati che avrebbe portato agli accordi di Tordesillas del luglio 1494 ed al successivo spostamento verso Occidente della sfera di influenza lusitana ⁽⁷⁶⁾.

La *raya*, la delimitazione spaziale che veniva a dividere le rispettive zone di espansione, è stata un'innovazione assoluta sul piano del rapporto spazio/diritto: il territorio ha perso qualsiasi specificità fisica e si è realizzato quello che Schmitt ha definito 'pensiero per linee globali' ⁽⁷⁷⁾. È il trionfo di Cartesio su Tolomeo, della trigonometria e dell'astronomia sulla geografia fisica. L'uomo domina gli spazi fisici misurandoli e definisce gli spazi politici non più tramite il riferimento all'orografia del territorio, ma in funzione di astrazioni matematiche. La natura non è più il luogo del meraviglioso, ma è oggetto di conoscenza scientifica: deve essere misurata, classificata. « Non è esagerato affermare » scrive Schmitt in *Land und Meer* « che tutte le sfere della vita, tutte le forme di esistenza, tutte le specie di energia creativa dell'uomo — l'arte, la scienza, la tecnica — prendono parte alla formazione del nuovo concetto di spazio » ⁽⁷⁸⁾. La rivoluzione scientifica e la rivoluzione spaziale vanno di pari passo.

D'altra parte, rileggendo le vicende del primo colonialismo ispanico, non va trascurato il fatto che la Conquista avvenne per impulso di una personalità complessa quale quella di Carlo V,

Il 25 giugno 1493, poi, il Pontefice emanava la Bolla *Piis fidelium* con cui promuoveva l'evangelizzazione delle Indie, affidandola al benedettino Bernardo Boyl. Infine con la Bolla *Dudum siquidem* del 26 settembre 1493 si ribadiva il dominio castigliano sulle Indie. Per un inquadramento delle problematiche giuridiche connesse all'emanazione delle bolle papali cfr. ID., *The Epochs of International Law*, cit., pp. 233-234 e l'approfondita ricostruzione in CASSI, *'Ius Commune' tra Vecchio e Nuovo Mondo*, cit., pp. 85-114.

⁽⁷⁶⁾ GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, cit., vol. II, pp. 110-116.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 83. La prassi delle *rayas* trovò poi un'altra esemplificazione nel Trattato di Saragozza del 1529, con cui Spagna e Portogallo segnavano le reciproche zone di espansione nell'area del Pacifico. Il testo di questo accordo è in GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, cit., vol. II, pp. 117-134. Sul punto si veda la ricostruzione contenuta in ID., *The Epochs of International Law*, cit., pp. 249-250.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 71.

imbevuta di *afàn de cruzada*, almeno quanto di razionalismo erasmiano.

L'*homo novus* che, dunque, si afferma nell'età delle grandi scoperte domina gli elementi: non prova timore di fronte alle distese oceaniche che perdono così la loro specificità di spazi vuoti, incommensurabili. Eppure è opportuno essere cauti di fronte a questa precoce affermazione delle scienze positive. Nel momento in cui la scienza sembrava celebrare la propria emancipazione dal pensiero aristotelico-tomista — nel momento in cui il dubbio generava trionfalmente la scoperta —, finiva per essere arruolata a forza al servizio del principe. Nell'Europa della prima espansione coloniale astronomi, matematici e geografi non erano meno importanti di un buon ammiraglio ⁽⁷⁹⁾.

L'importanza della scienza è particolarmente evidente negli sviluppi successivi delle *raas*: le 'linee di amicizia' care alle cancellerie di Parigi e di Londra. « Un méridien décide de la vérité », commentava con amarezza Pascal, di fronte alla spregiudicatezza con cui i sovrani dell'età pre-vestfaliana utilizzavano compassi e sestanti per fare o disfare accordi, ma anche per porre vincoli che all'etica e al diritto internazionale. Nessuna sorpresa, dunque, che agli occhi di un Giacomo I o di un Luigi XIV la geografia fosse davvero troppo importante per poterla lasciare agli scienziati.

Le *rayas* e le *amity lines* hanno segnato la *Seenahme*, l'occupazione del mare: eppure fin da subito lo sviluppo del « pensiero per linee globali » ha rivelato profonde antinomie, *Weltanschauungen* in irriducibile contrasto. Si tratta di una contrapposizione che Schmitt ha colto con esemplare lucidità nel momento in cui sottolinea che « un universo intero — si può ben dire — separa il tipo storico della *raya* da quello della *amity line* inglese » ⁽⁸⁰⁾. Il primo modello di ripartizione spaziale, ancorato alla nozione medioevale di *respublica christiana* era caratterizzato da una logica 'distributiva': sul piano 'geo-giuridico' la *raya* non riconosceva alcuna specificità alle distese oceaniche, ma si limitava a definire le

(79) Il rapporto tra diritto e cartografia nell'età della *Conquista* trova una convincente ricostruzione in L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della Conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004, in particolare pp. 87-189.

(80) Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 88.

rispettive zone di espansione dei due Regni iberici. Al contrario le *amity lines*, prodotto della drammatica cesura operata dalla Riforma e legate ad una dimensione agonale delle relazioni internazionali, rendevano l'Oceano qualcosa di 'altro', tanto sul piano giuridico che su quello etico.

Alla luce delle premesse schmittiane, dunque, occorre esaminare come la tensione tra *rayas* e *amity lines* abbia segnato la prima modernità. Il primo archetipo di ordine 'geo-giuridico', come si è visto, si basa sui caratteri del tutto peculiari della Conquista. Non è qui possibile proporre una riflessione articolata sulla valenza giuridica delle Bolle alessandrine né, tanto meno, di soffermarsi sui titoli che la casa d'Asburgo poteva addurre a giustificazione della propria espansione nelle Americhe ⁽⁸¹⁾. Ma per lo meno è opportuno segnalare, sulla scorta delle osservazioni di Schmitt, quanto i negoziati tra il Regno di Portogallo ed il Regno di Castiglia si collocassero nel solco di una *traditio* e di un *ordo* condivisi: « Caratteristica della linea ispano-portoghese (*raya*) è che le parti avevano un fondamento comune nella fede cristiana, rispettavano l'autorità del Capo della Chiesa — il Papa di Roma — » e pertanto « si riconoscevano, reciprocamente, come eguali nel trattato di spartizione e distribuzione » ⁽⁸²⁾. La semantica dell'accordo tra i due Regni iberici era dunque profondamente indebitata con l'universalismo della dottrina politica medioevale. Lisbona e Madrid si riconoscevano in un sistema etico-normativo unitario, e la mediazione pontificia altro non era che un appello ad un'*auctoritas* che ambedue gli attori identificavano come superiore. Dal canto suo la scienza giuridica, come sempre conservatrice, tardò ad aggiornare il proprio lessico alle nuove scoperte, preferendo riproporre le categorie classiche dell'*inventio* e dell'*occupatio*.

Unità e continuità: queste sono le chiavi attraverso cui interpretare l'espansionismo ispano-lusitano nelle Americhe. La *Conquista* può essere letta come un processo di omologazione, di *reductio ad unitatem* del diverso. Non è un caso che, tanto nelle Università

⁽⁸¹⁾ Rimando ancora una volta a GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 228-255 e CASSI, *Ius Commune tra Vecchio e Nuovo Mondo*, cit., pp. 85-114.

⁽⁸²⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Cambio di struttura del diritto internazionale*, in Id., *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., p. 273.

che nelle Corti, uno dei problemi più discussi — ed il dibattito in seno alla Scuola di Salamanca lo dimostra con irriducibile vigore — riguardasse la possibilità di adattare alle Americhe le categorie giuridiche e politiche del Vecchio Mondo. Le stesse comunità indigene non sfuggivano a questa ‘logica adattiva’. Utilizzando questa chiave di lettura si comprende come, ad esempio, la pratica del *requerimiento*, cara a Cortés, non fosse una vuota e formalistica affermazione di un astratto principio giuridico, ma segnalasse una precisa strategia di assimilazione del diverso.

Ma ad avere una forte connotazione unitaria era la stessa organizzazione spaziale del potere. Madrid si rifiutava — o forse non era semplicemente in grado — di cogliere la specificità degli spazi che la *Conquista* gli aveva garantito. L’esame della legislazione coloniale spagnola rivela il tentativo di replicare ad una concezione spaziale con il passare degli anni sempre più obsoleta. Le riforme imposte da Madrid, in realtà, non facevano altro che riproporre istituti e modelli normativi propri dell’esperienza europea⁽⁸³⁾. L’ordinamento marittimo è in tal senso esemplare: si pensi solo al tentativo, in atto per lo meno a partire dalla metà del Cinquecento, di coinvolgere le municipalità del Nuovo Mondo nella lotta alla corsa ed alla pirateria, secondo quanto avveniva comunemente sulle coste mediterranee. Sempre secondo gli ottimistici auspici di Madrid, le comunità *indios* avrebbero dovuto formare invece l’ossatura di un sistema di avvistamento costiero, palesemente ispirato al sistema di torri e fortificazioni che fin dal Medio Evo costellavano le rive settentrionali del Mediterraneo. Oppure si pensi, sempre per rimanere in ambito marittimo, alla diffusa tendenza a vincolare l’attività dei *corsarios* ad una normazione puntigliosa, riflesso di

(83) Già alla metà del Cinquecento Madrid esercita un deciso controllo sulle colonie d’Oltreoceano. Il progressivo abbandono della pratica dell’*encomienda* nella gestione dei nuovi territori, a favore dell’istituzione di *corregidores*, dipendenti pubblici salariati, segnala l’assorbimento dell’amministrazione coloniale nel circuito burocratico imperiale. Cfr. in tal senso P. BAKEWELL, *Conquest after the Conquest: The Rise of Spanish Domination in America*, in R. L. KAGAN, G. PARKER, *Spain, Europe and the Atlantic World. Essays in Honour of John H. Elliott*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 296-315. La figura dell’*encomiendero*, già presente nell’ordinamento feudale castigliano, trova poi un’attenta ricostruzione in CASSI, ‘*Ius Commune*’ tra Vecchio e Nuovo Mondo, cit., pp. 166-242.

quella stessa tendenza ‘amministrativistica’ con cui Madrid aveva disciplinato il monopolio commerciale esercitato della *Casa de contratación di Siviglia* ⁽⁸⁴⁾.

Tra i corollari di un’ideologia che non escludeva la diversità, ma la sussumeva in un sistema gerarchicamente ordinato, è necessario soffermarsi sul fatto che — come fa notare Schmitt — con le *rayas* non si faceva distinzione tra occupazione di terra e occupazione di mare ⁽⁸⁵⁾. Queste linee di divisione, infatti, erano concepite come un confine ‘fisico’, come uno strumento di ripartizione ‘quantitativa’ degli spazi geopolitici e geo-giuridici. La Corona di Castiglia, nel salvaguardare i confini oceanici sanciti negli accordi di Tordesillas, guardava alle soluzioni adottate nel continente europeo per tutelare i confini terrestri.

Nel ricostruire l’esperienza giuridica della Spagna imperiale si può dunque attribuire un duplice senso al binomio ‘continuità ed unitarietà’: da una parte questo binomio ha segnato la politica legislativa spagnola nei due continenti. Dall’altro ha segnalato l’assoluta identità, nella visione geospaziale di Madrid, tra occupazione di mare e occupazione di terra. Alla luce del vivace incontro tra Elisabetta I e don Bernardino de Mendoza, prima richiamato, è paradigmatico il fatto che Madrid, adottando le medesime categorie giuridiche, intendesse al contempo escludere da *las Indias* le altre Potenze europee ed interdire loro la navigazione oceanica: l’*inventio* e l’*occupatio* si applicavano indistintamente alle selve dello Yucatàn ed alle acque del mar dei Carabi.

Sempre adottando le categorie schmittiane non si può fare a meno di rilevare come alla base della crisi dell’esperienza imperiale spagnola, si possa individuare un errato *Raumordnungsbegriff*. Il tentativo di replicare nelle immense distese oceaniche le linee di confine che delimitavano gli ‘spazi di dominio’ dei territori statali non poteva che essere destinato al fallimento. L’analisi di Schmitt

⁽⁸⁴⁾ Si vedano O. CRUZ BARNEY, *El régimen jurídico del curso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX*, UNAM, Mexico 1997 e, più sinteticamente, ID., *El combate a la piratería en Indias. 1555-1700*, Mexico, Oxford University Press, 1999. Mi permetto di rinviare poi a F. RUSCHI, *Ius Predae. Oscar Cruz Barney e la ‘guerra di corsa’ come paradigma della modernità*, in «Quaderni fiorentini per lo studio del pensiero giuridico moderno», 32, 2003, pp. 599-618.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 89.

può forse essere impietosa quando coglie tutti i limiti di una concezione degli spazi giuridici e politici incapace di comprendere la specificità dell'Oceano, ma certo è tutt'altro che infondata. Semmai appare legittimo domandarsi in che misura la crisi del disegno imperiale spagnolo non fosse dovuta ad una carenza teorica, dottrinarica. Ci si può cioè chiedere se la cultura giuridica e politica della Spagna del Cinquecento fosse davvero munita degli strumenti concettuali per comprendere che, con la scoperta del Nuovo Mondo, erano state poste le basi per la definizione di un nuovo 'nomos della terra' ⁽⁸⁶⁾. Un *nomos* che trovava nella distinzione tra 'occupazione di terra' ed 'occupazione di mare' il suo carattere distintivo. Come non ha mancato di rimarcare Schmitt, proprio la separazione tra terraferma e 'mare libero' è stata la caratteristica fondamentale dello *jus publicum Europaeum* ⁽⁸⁷⁾. Ed il principio della libertà dei mari — è sempre Schmitt a ricordarcelo — ha segnato una frattura con l'ordine medievale, nel momento in cui ha comportato la determinazione di uno spazio 'anomico', sanzionato dalle *amity lines*, in cui si è affermato « il libero e spietato uso della violenza » ⁽⁸⁸⁾.

Nel 1559, con la Pace di Cateau Cambresis, si mirava a porre fine alla tensione tra l'Impero ed il Regno di Francia che aveva per lunghi decenni contrassegnato la politica europea ⁽⁸⁹⁾. L'accordo, com'è noto, da un lato riconosceva il predominio imperiale sulla penisola italiana, dall'altro stabilizzava una volta per tutte i confini settentrionali francesi. Con una buona dose di realismo, però, le delegazioni coinvolte nei negoziati non ritennero opportuno estendere alle Indie l'efficacia del trattato. Anzi, si accordarono oralmente per limitarla entro un ambito spaziale preciso: ad oriente del

⁽⁸⁶⁾ Mi pare in tal senso significativo che ancora nella polemica tra Freitas e Grozio sulla libertà dei mari, ambedue i contendenti, accanto alle *opiniones* dei *doctores iuris*, non esitassero a citare passi dell'*Eneide* o delle *Metamorfosi*. In tal senso si veda la ponderata valutazione di Cassi in CASSI, *Ius Commune' tra Vecchio e Nuovo Mondo*, cit., pp. 114-121.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 223.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 93. Più in generale sulla contrapposizione tra *rayas* e 'linee di amicizia', pp. 90-101.

⁽⁸⁹⁾ Per il testo del Trattato cfr. GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, cit., vol. II, pp. 2-38.

primo meridiano avrebbero avuto pieno vigore le disposizioni concordate a Cateau Cambresis. Ad occidente invece « might should make right, and violence done by either party to the other should not be regarded as in contravention of treaties »⁽⁹⁰⁾.

Questi accordi non furono un caso eccezionale nella prassi politica dell'Europa moderna⁽⁹¹⁾. Cateau Cambresis fu tutt'altro che il frutto eccentrico e cinico di una diplomazia machiavellica. Piuttosto, le linee di amicizia hanno rappresentato una radicale innovazione nella concezione degli spazi giuridici, tracciando un solco profondo con il modello precedente di linea globale. Se, come si è detto, le *rayas* si fondarono su una visione unitaria, sulla continuità tra l'esperienza giuridica cis e trans-oceanica, la prassi delle *amity lines* ha avuto una valenza fortemente disgregante. « No peace beyond the line » era il giudizio unanime che accomunava le corti d'Europa. L'efficacia del diritto internazionale si arrestava al 'meridiano di Ferro'⁽⁹²⁾. Oltre, rimarca ancora Schmitt, valeva hobbesianamente la legge del più forte: quello che avveniva *beyond the line*, sfuggiva alle « valutazioni giuridiche, morali e politiche riconosciute al di qua della linea »⁽⁹³⁾.

Era l'assenza di una *auctoritas*, di un *ordo* condiviso, ad aver impedito, nell'Europa traumatizzata dallo scisma religioso, di concepire soluzioni alternative a quella una sostanziale anomia. E non è un caso che le contestazioni più forti alla legittimità della *Conquista* provenissero da entusiasti sostenitori della Riforma quali

⁽⁹⁰⁾ Cfr. F. G. DAVENPORT, *European Treaties Bearing on the History of the United States and its Dependencies* VOL. I, Washington, Carnegie Institute, 1917-37, p. 220, cit. in GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., p. 155.

⁽⁹¹⁾ Un altro esempio di *amity line* è rappresentato dal Trattato di Londra del 1604, tra Spagna ed Inghilterra. Ma ancora nel 1750 il trattato ispano-portoghese di Madrid faceva riferimento alla prassi delle linee di amicizie. Sul punto cfr. E. GOULD, *Zones of Law, Zones of Violence: The Legal Geography of the British Atlantic, circa 1772*, in « William and Mary Quarterly », 60, 2003, 3, pp. 471-510, ed in <http://www.historycooperative.org/journals/wm/60.3/gould.html>. Per altro è lo stesso Schmitt a riconoscere nella neutralizzazione del Congo, sancita al Congresso di Berlino del 1885, un tardivo esempio di *amity line*, cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., pp. 269-286.

⁽⁹²⁾ Si trattava del meridiano passante per l'Isola del Ferro, la più occidentale delle Canarie, long. 18° 9' Ovest.

⁽⁹³⁾ Cfr. SCHMITT, *Cambio di struttura del diritto internazionale*, in ID., *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., p. 274 ma anche ID., *Il Nomos della terra*, cit., p. 95.

l'Inghilterra e i Paesi Bassi. Del resto, a partire da Gentili e da Grozio, furono protestanti i grandi promotori della libertà dei mari. Ed in Francia — nei primi decenni del Cinquecento grande rivale della Spagna anche sulle acque oceaniche — furono gli Ugonotti a premere per frenare l'espansionismo spagnolo al grido « mare sit commune » (94). Come ha scritto Schmitt, « il calvinismo era la nuova religione guerriera; l'impulso elementare verso il mare lo catturò quale fede a esso più consona » (95). E forse si può intravedere un sottile filo rosso che lega, da un lato, la polemica dei monarcomachi contro i disegni assolutistici della corona francese e, dall'altro, la rivendicazione della libertà dei mari contro le pretese spagnole. La Riforma, del resto, era saldamente radicata nelle città della costa atlantica — La Rochelle sarà l'ultima piazza in mano agli Ugonotti — dove il ceto mercantile mal tollerava il monopolio del commercio con le Indie esercitato dalla *Casa de Contratación de Sevilla*. E non è un caso che la marina francese visse alla metà del Cinquecento i suoi primi fasti sotto la guida di Gaspard de Coligny, al vertice del partito protestante durante le guerre di religione e destinato ad essere la vittima più illustre dei massacri della notte di San Bartolomeo (96).

Ma ancor prima che per motivi religiosi, l'attrito si generava tra due *Raumordnungsbegriffe* — l'uno fondato sulla continuità, l'altro sulla differenza — in irriducibile conflitto. E questa tensione, a sua volta, alludeva ad una dicotomia più profonda, 'elementare', che si mostra « nella sua vera e piena luce solo se anche qui teniamo conto dell'opposizione fra gli elementi e della separazione incipiente fra il mondo del libero mare e il mondo della terraferma » (97).

L'esito di tale confronto era però scontato. La posta in palio, infatti, era il controllo delle rotte commerciali tra Europa ed Americhe, più che l'acquisizione di nuovi territori. E forse Schmitt

(94) Cfr. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 254-255.

(95) Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 84-85.

(96) Sul punto GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 244-245. Com'è noto, gli Ugonotti fornirono abbondante personale agli equipaggi delle navi pirata che operavano nei Carabi. È appena il caso di ribadire quanto la figura dello 'schiumatore del mare' sia centrale nella narrazione schmittiana. Si veda la suggestiva ricostruzione contenuta in SCHMITT, *Terra e Mare*, cit., pp. 42-52 e *supra*, p. 387 ss.

(97) Cfr. SCHMITT, *Terra e Mare*, cit., p. 81.

non insiste a sufficienza sul fatto che i *Kriegsspiele* delle potenze europee furono giocati essenzialmente sulle acque dell'Atlantico. Nelle Indie l'ultima parola spettava agli ammiragli. Le grandi battaglie campali che hanno segnato gli snodi fondamentali della storia del Vecchio Continente rimasero sconosciute nel Nuovo Continente almeno fino alla metà del Settecento. E dunque la *Landnahme* delle Americhe non era che il frutto di una *Seenahme*: era il mare, e non la terra, a veicolare l'espansione coloniale, ad incanalarne le direttrici. Adottando dunque la griglia concettuale proposta da Schmitt si comprende perfettamente come l'anomia consacrata nelle *amity lines* investì le distese oceaniche, prima che i remoti territori del Nuovo Mondo.

Ci si può poi chiedere, di fronte alla vigorosa reazione alle pretese monopolistiche di Madrid, in che misura la rivendicazione della libertà dei mari non trovasse ragione di sé nel regime giuridico che nell'Età di Mezzo caratterizzava la navigazione marittima. Certo è che nella prima Modernità, da François Hotman a Edward Coke, è stato frequente il ricorso a modelli giuridici e politici arcaici per contrastare l'assolutismo monarchico⁽⁹⁸⁾. E dunque sarebbe lecito ipotizzare che, nella rivendicazione del carattere anarchico degli spazi marittimi, si facesse riferimento ad una retorica risalente nel tempo. Occorre però prudenza nello stabilire analogie con il regime classico e medioevale dei mari. Per il giurista educato al *Corpus Iuris Civilis*, le distese marine erano inappellabilmente ritenute *res communes omnium*. Tutti avevano il diritto di sfruttarne le risorse e di solcarne le acque. Al contrario, l'*Ordnung* che iniziava ad emergere a partire da Cateau Cambresis concepiva il mare come uno spazio privo di regole, 'de-normativizzato', come una *no man's area* in cui gli uomini potevano dare libero sfogo alle passioni. Con le *amity lines* si proclamava la validità della legge del più forte, sanzionata dalle ordinate manovre delle squadre navali. Era, come Schmitt suggerisce, il trionfo dello stato di natura hobbesiano, di un'antropologia all'insegna dell'*homo homini lupus*.

Per meglio comprendere il carattere assolutamente anomico

⁽⁹⁸⁾ Sui caratteri di questa retorica cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 81-88 e 188-197.

che nella prima età moderna caratterizza gli spazi oceanici può essere opportuno riflettere sul ruolo esercitato da corsari e pirati nel controllo degli spazi oceanici. Si trattava, come noto, di due categorie distinte sotto il profilo giuridico: gli uni erano dei ‘privati’ che ‘correavano’ il mare muniti di *lettres de marche* emanate da uno Stato sovrano. Questi atti, in sostanza, autorizzavano il titolare ad abbordare vascelli nemici solo in presenza di determinate condizioni, elencate minuziosamente nella patente di corsa. Gli altri, invece, non erano che il prodotto di quel ‘banditismo sociale’ — per usare la felice espressione coniata da Eric Hobsbawm — che ha profondamente caratterizzato l’Europa della prima modernità⁽⁹⁹⁾. Ma al di là di ogni formalismo, la distinzione tra *privateer* e *pirate* tendeva nei fatti a sfumare⁽¹⁰⁰⁾. Nonostante che la pirateria fosse comunemente ritenuta una delle più gravi forme di devianza — ed il reo se catturato, veniva sottoposto ai più terribili supplizi —, è sintomatico del carattere anomico dell’Oceano il fatto che tra Cinque e Seicento nelle loro *power politics* le potenze europee non avessero esitato a ricorrere ai servizi dei ‘Fratelli della Costa’. E questo nel momento in cui Alberico Gentili — solo per fare un esempio —, ispirandosi alla nozione medievale di *hostis humani generis*, dubitava perfino che si potesse invocare la *lex naturalis* a favore del pirata. Se dunque gli Stati del Vecchio Continente potevano agire in violazione non solo dei canoni del *iustum bellum*, ma perfino dei principi più sacri della legge naturale, la giustificazione va trovata nel carattere eccezionale accordato agli spazi del Nuovo Mondo dalle *amity lines*.

5. *Britannia rules the waves.*

A partire dalla Pace di Vestfalia la prassi delle linee di amicizia iniziò a venire meno. Se l’impero coloniale spagnolo era oramai

⁽⁹⁹⁾ Cfr. l’ormai classico E. J. HOBBSAWM, *Bandits*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1969, trad. it., *I banditi*, Torino, Einaudi, 2002. Questa interpretazione della pirateria è autorevolmente suffragata in CARDINI, *Quell’antica festa crudele*, cit., p. 302.

⁽¹⁰⁰⁾ Su questo punto si veda ancora una volta CARDINI, *Quell’antica festa crudele*, cit., pp. 302-315, ma anche la ponderata valutazione contenuta in GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 304-315.

indirizzato verso una lenta ma costante decadenza, gli insediamenti anglo-francesi nel Nuovo Mondo erano divenuti qualcosa di più di un mero dato di fatto. Londra e Parigi erano pienamente consapevoli delle potenzialità economiche dei territori acquisiti al di là dell'Oceano: era iniziata l'espansione coloniale verso l'interno del continente americano ed una situazione di endemica conflittualità non giovava più a nessuno. Il Trattato franco-spagnolo di Ratisbona del 1684 era un eccellente esempio di questa inversione di tendenza nella politica coloniale, nel momento in cui prevedeva espressamente la cessazione di ogni ostilità « in et extra Europam, tam cis quam trans lineam ».

Il processo di assimilazione delle Americhe nel sistema normativo europeo, in realtà, fu tutt'altro che istantaneo e indolore. Al di là delle alte enunciazioni espresse nei trattati internazionali, non era facile per il Nuovo Continente superare la dimensione anomica che aveva caratterizzato la sua prima colonizzazione: ancora nel 1759 — nel pieno della guerra dei Sette Anni — James Wolfe, il brillante comandante delle truppe inglesi impegnate nella conquista del Quebec francese, era costretto a intervenire per reprimere con severità « the inhuman practice of scalping », evidentemente diffusa tra i suoi uomini, ritenendola però ammissibile « when the enemy are Indians, or Canad[ian]s dressed like Indians » (101). Ma certo è che il nuovo clima politico, instaurato con la Pace di Vestfalia, stimolò un'ampia riflessione su quali fossero gli strumenti migliori per ordinare giuridicamente i territori del Nuovo Mondo.

Non deve sorprendere che nell'epoca dei fasti del giusnaturalismo l'ideologia delle 'frontiere naturali', largamente prevalente nei trattati dei giuristi come nella prassi delle cancellerie, venisse riproposta con entusiasmo anche per le Americhe. Aggiornata nelle forme e nelle tecniche giuridiche, rifioriva così l'immagine un poco vetusta di un'occupazione 'per divisione', di un *limes* ancorato alla geografia fisica. E questo nonostante che personalità di rilievo come il Maresciallo di Vauban, tra le menti più brillanti della sua epoca,

(101) Ordine del generale Wolfe, 27 luglio 1759, in GOULD, *Zones of Law, Zones of Violence*, cit. Per una vivida ricostruzione del conflitto 'a bassa intensità' che interessò il Nordamerica alla metà del XVIII secolo, cfr. L. CODIGNOLA, *Guerra e guerriglia nell'America coloniale*, Padova, Marsilio, 1977.

mettessero in guardia sui rischi connessi al frettoloso adattamento al Nuovo Mondo di categorie appartenenti al patrimonio giuridico del Vecchio ⁽¹⁰²⁾.

Differente fu invece il destino degli spazi oceanici il carattere anarchico impresso dalla pratica delle *amity lines*, infatti, continuò a lungo a contraddistinguere il regime giuridico. Fu così che ancora per buona parte dell'Ottocento il mare rimase al di fuori di ogni ordinamento spaziale specificatamente statale. Non essendo territorio statale, né spazio coloniale, né zona occupabile, era ritenuto libero da ogni tipo di sovranità. Accanto allo *jus publicum Europaeum* sorgeva un ordinamento 'parallelo' dotato dei medesimi attributi: anch'esso era universale. Anch'esso riconosceva valore normativo a locuzioni come quelle di guerra e di preda. Anch'esso, per citare ancora Schmitt, era consapevole del valore della libertà ⁽¹⁰³⁾.

Le analogie, però, erano solo morfologiche. I due ordinamenti si trovavano ad essere in irriducibile contrasto tra loro: l'ordinamento marittimo, fondato sul dogma della libertà dei mari, rifuggiva la dimensione statale. I fenomeni di accentramento istituzionale, di costruzione della sovranità, promossi dalle monarchie europee nei loro progetti assolutistici, erano destinati ad arrestarsi di fronte al mare aperto. E se lo *jus publicum Europaeum*, con non poche incertezze, veniva plasmandosi grazie al decisivo contributo degli Stati, promotori politici e al tempo stesso soggetti privilegiati di tale ordinamento, gli spazi marittimi conservavano la loro natura anarchica, de-statale: sui mari altri erano gli attori, altre erano le regole. Quel processo di razionalizzazione normativa che permise alla guerra di divenire *guerres en forme* ⁽¹⁰⁴⁾, superando la sanguinaria anomia delle guerre di religione, non toccò dunque — se non in maniera molto limitata — il diritto dei mari.

Nell'età vestfaliana, ha osservato Schmitt, la guerra terrestre era giusta « nel senso del diritto internazionale europeo dell'epoca

⁽¹⁰²⁾ Cfr. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., p. 298.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 208.

⁽¹⁰⁴⁾ L'espressione adottata da Schmitt è stata in realtà coniata da Emer de Vattel, cfr. E. DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres, 1758, t. 2, § 68, p. 56.

interstatale », qualora fosse stata condotta « da eserciti militarmente organizzati, appartenenti a Stati riconosciuti dal diritto internazionale europeo, sul suolo europeo e secondo le regole del diritto bellico europeo » (105). Sui mari, dal momento che il carattere spaziale delle norme era totalmente negato, la situazione era specularmente rovesciata: si faceva riferimento ad un ordinamento privo di qualsiasi radicamento territoriale, privo di qualsiasi delimitazione, capace, in quanto tale, di proporsi come il primo ordinamento globale. Le regole dello *jus navale* erano valide per le squadre navali che si contendevano le acque della Manica durante il conflitto anglo-olandese del 1652, come per gli agili vascelli che, sotto le insegne dei gigli di Borbone o issando l'*Union Jack*, pattugliavano le coste dell'India durante la Guerra dei Sette Anni.

Ancora. Nell'Europa della prima modernità la guerra era ormai un fatto pubblico, appannaggio delle Corti e delle Cancellerie. Sul mare, invece, la presenza massiccia di soggetti dotati di un enorme potere economico, politico e perfino militare quali le compagnie commerciali, pregiudicava il monopolio statale non solo sul controllo dei traffici mercantili, ma perfino sullo stesso uso della forza. L'attività dei *privateers*, poi, fiorente ancora nell'Ottocento, alludeva ad una dimensione, quella del *bellum privatum*, retaggio addirittura dell'Età feudale.

Infine la guerra marittima, contraddicendo l'ideale proto-illuministico della *guerre en forme*, era una guerra 'totale': per usare ancora una volta il lessico schmittiano, non accordava rilevanza alla dicotomia tra privato e pubblico, ma neppure a quella, ancor più fondamentale, tra amico e nemico. Le operazioni contro i traffici commerciali, a partire dalla prassi del blocco navale, erano dirette a piegare il sistema economico dell'avversario, non soltanto a bloccare le linee di comunicazione o a danneggiare le fonti di approvvigionamento dell'esercito nemico. La complessa vicenda dello *jus predae*, spinto fino al sequestro della nave neutrale che avesse trasportato un carico di proprietà nemica in funzione al principio 'enemy goods, enemy ship' — come sancito dalla *Court of Prize* britannica nella *Rule of War of 1756* e nella *Doctrine of Continuous Voyage* — era la definitiva conferma del carattere

(105) Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 168.

totalizzante del conflitto navale: la *Seekrieg* non rispettava neppure la distinzione primaria, archetipa, tra *Freund* e *Feind* ⁽¹⁰⁶⁾. « La guerra marittima », ha scritto Schmitt, « non è affatto una semplice guerra di combattenti, ma si basa su un concetto totalitario del nemico ». Si tratta di una concezione che dilata la nozione di *hostis* fino a comprendere « non soltanto ogni cittadino appartenente allo stato avversario, ma chiunque abbia rapporti commerciali col nemico e ne favorisca l'economia » ⁽¹⁰⁷⁾.

Che cosa rimaneva della dottrina del *mare clausum* sostenuta da quel Serafino de Freitas che nel *De iusto imperii Lusitanorum* aveva vigorosamente replicato al groziano *Mare Liberum* ⁽¹⁰⁸⁾? Che cosa restava di quell'*Oceanus Britannicus* teorizzato da un altro grande avversario di Grozio, John Selden? Al termine di quella « guerra libresca dei cent'anni » ⁽¹⁰⁹⁾, che per quasi un secolo aveva contrapposto la migliore scienza giuridica europea, i sostenitori della nozione di sovranità marittima vedevano le loro aspettative radi-

⁽¹⁰⁶⁾ La formalizzazione di tale prassi si ebbe nel 1759, in relazione al sequestro del mercantile olandese *America* bloccato con un carico diretto a Santo Domingo, strategico possedimento francese nei Caraibi. In particolare, la *Rule of War of 1756* vietava ai mercantili neutrali di trasportare merci alla volta di porti il cui accesso sarebbe stato loro interdetto in tempo di pace: questo era appunto il caso delle colonia di Santo Domingo, soggetta ad un rigido monopolio commerciale da parte di Parigi. La Dottrina del viaggio continuo, invece, permetteva di sequestrare le merci imbarcate su un vettore battente bandiera neutrale se le circostanze potevano far desumere che queste fossero dirette ad un paese ostile. Si veda in tal senso GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 407-410 e S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 217-218. Sulle reazioni alla prassi instaurata dal Tribunale delle prede, cfr. GOULD, *Zones of Law, Zones of Violence*, cit.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Staatliche Souveränität und freies Meer. Über den Gegensatz von Land und See im Völkerrecht der Neuzeit*, in F. HARTUNG (hrsg.), *Das Reich und Europe*, Leipzig, Köhler & Amelang, 1941, pp. 91-117, trad. it., *Sovranità dello Stato e libertà dei mari*, in « Rivista di studi politici internazionali », 8, 1941, 1-2, pp. 60-91, poi in C. SCHMITT, *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 217-252, ed in particolare p. 226.

⁽¹⁰⁸⁾ Per un'articolata ricostruzione della polemica di Freitas rimando a C. H. ALEXANDROWICZ, *Freitas versus Grotius*, in « The British Yearbook of International Law », 35, 1959, pp. 162-182.

⁽¹⁰⁹⁾ La definizione è di uno storico del diritto internazionale quale Ernest Nys. Cfr. E. NYS, *Les origines du droit international*, Bruxelles, Castaigne, 1894, p. 262, ripresa in SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 216.

calmente ridimensionate. Spettò a Cornelius Van Bynkershoek, che nel 1702 aveva pubblicato il celeberrimo *De dominio maris*, mettere la parola fine a questo annoso dibattito ⁽¹¹⁰⁾. La proposta di Bynkershoek, nel suo realismo, era cristallina: « potestatem terrae finire ubi finitur armorum vis », la sovranità dello Stato si misurava sulla gittata delle batterie costiere ⁽¹¹¹⁾. Il che, come ebbe modo di precisare l'abate Galiani — evidentemente buon conoscitore della scienza balistica quanto versato in quella economica —, significava confinare la sovranità marittima dello Stato entro il limite delle tre miglia dalla costa ⁽¹¹²⁾.

La questione della corretta determinazione della acque territoriali era tutt'altro che chiusa. Ma al di là di un dibattito in cui dai trattati eruditi dei giuristi esalava l'odore della polvere nera, certo è che raramente la correlazione tra diritto e forza ha trovato nell'evoluzione dell'ordinamento internazionale una così precisa e spietata estrinsecazione.

Quali furono le conseguenze sul piano 'geo-giuridico' di una tale determinazione spaziale? Balena davanti agli occhi la suggestiva immagine della lotta tra *Behemoth* e *Leviathan* — così ricorrente in uno Schmitt profondo conoscitore della tradizione cabalistica ⁽¹¹³⁾ — metafora di due ordinamenti, quello terrestre e quello marittimo, in titanica contrapposizione tra loro. La lotta tra i due abomini è feroce: *Behemoth* tenta con le corna o con le zanne di squarciare l'odiato nemico, che a sua volta si avviluppa a lui, cercando di soffocarlo. Ed in questo drammatico scontro ecco che, con la regola

⁽¹¹⁰⁾ Su Bynkershoek si veda K. AKASHI, *Cornelius van Bynkershoek: His Role in the History of International Law*, The Hague-London, Kluwer, 1998.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. C. VAN BYNKERSHOEK, *De dominio maris*, Lugduni Batavorum, 1702 e più ampiamente *Quaestionum iuris publici libri duo*, Lugduni Batavorum, 1737. In realtà Byrkenshoek è tutt'altro che un radicale innovatore: già Grozio nel *De iure belli ac pacis* sembra prefigurare la *cannon shot rule*. Sul dibattito pre-Byrkenshoek si veda ancora una volta GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 327-330.

⁽¹¹²⁾ Cfr. Ferdinando Galiani nel suo *Dei doveri dei principi neutrali verso i principi guerreggianti, e di questi verso i neutrali*, Napoli 1782. Per tutto il Settecento convivono differenti interpretazioni sulla reale misura del *cannon shot*. in tal senso GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 330-332.

⁽¹¹³⁾ Sullo Schmitt 'cabalista' cfr. ancora una volta VOLPI, *Il potere degli elementi*, in SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 119-124.

delle tre miglia, si genera un momento di stallo, di precario equilibrio tra le due creature mostruose ⁽¹¹⁴⁾.

Nell'età dei Lumi, consacrata al culto della Ragione, l'equilibrio significava misura, ordine. E l'equilibrio tra *Land* e *Meer* non era che il riflesso di quello, sancito dal Concerto Europeo, vigente nel Vecchio Continente. Si potrebbe dunque interpretare la dottrina della *armorum vis* come un tentativo di inglobare anche gli oceani nel gioco di pesi e contrappesi che ha caratterizzato il sistema politico Settecentesco.

Ma non è così. Il mare e la terra rimanevano in competizione fra loro. Occorre prudenza nel soppesare le analogie, le possibili sovrapposizioni e le ipotetiche sintesi tra due ordinamenti geogiuridici e geopolitici, quello oceanico e quello tellurico, tanto diversi: il sistema politico elaborato dalle *Landmächte* europee, fondato sulla *balance of power*, sull'assoluto rispetto della sovranità territoriale, sulla capacità della diplomazia protocollare di mediare e contenere i conflitti, ha rappresentato l'incubatrice dello *jus publicum Europaeum*. L'equilibrio multipolare ha dunque permesso la formazione di un sistema di regole condivise, di un linguaggio comune. Sul mare, invece, oggetto dell'indiscussa supremazia di un'unica *Seemacht*, quella inglese, fu la forza delle armi a sancire una volta per tutte il diritto.

Fu dunque l'Inghilterra — e non poteva essere altrimenti — a comprendere tutte le implicazioni connesse al dualismo tra ordinamento terrestre ed ordinamento dei mari, divenendo così la depositaria di un preciso *Raumordnungsbegriff*, la vestale dell'equilibrio tra terra e mare. E com'è ovvio, si trattava di un equilibrio che non intaccava l'egemonia inglese. Può anche essere che Laurent-Basile Hautefeuille — siamo alla fine dell'Ottocento — nei suoi celebri studi sul diritto internazionale marittimo peccasse di faziosità, ma certo non travisava la realtà quando osservava « il n'existe pas d'équilibre maritime. L'océan, cette possession commune à toutes les nations, est la proie d'une seule nation » ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹⁴⁾ *Bebemoth*, rappresentato ora nelle sembianze di un toro, ora in quelle di un elefante, in Schmitt viene talvolta assimilato anche ad un orso mostruoso. Il Leviatano è invece raffigurato come una balena, SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 18-19.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. L.-B. HAUTEFEUILLE, *Histoire des origines, des progrès e des variations*

Queste parole, in cui riecheggiava lo spirito di *revanche* dei vinti di Trafalgar, fotografavano in maniera senza dubbio incontrovertibile il fatto che « Britannia ruled the waves »⁽¹¹⁶⁾ L'oceano *possession commune* era dunque divenuto preda di una sola nazione: i vocaboli utilizzati dal giurista francese erano tutt'altro che incidentali, alludendo alle ragioni profonde dell'egemonia inglese. Una supremazia fondata, prima ancora che sulle bordate dei vascelli di linea, sul precipuo carattere dell'ordinamento dei mari, in cui la retorica della libertà dei mari si saldava allo *jus predae* invocato dall'Inghilterra a giustificazione della propria politica di potenza.

Quali le conseguenze di tale egemonia? Approfondendo le premesse schmittiane si può individuare nel binomio *freedom of trade/freedom of war* uno dei paradigmi fondamentali della politica inglese. Tale binomio ha incanalato l'espansionismo coloniale britannico, ne ha orientato le decisioni economiche e ne ha determinato gli obbiettivi politici. Ed è un binomio che si è esplicitato prima di tutto sui mari, come causa ed effetto al tempo stesso della talassocrazia inglese⁽¹¹⁷⁾.

Se già con la Pace di Utrecht (1713) si era cercato una prima regolamentazione della guerra marittima, è sintomatica la freddezza con cui, in genere, tanto la diplomazia quanto la scienza giuridica britannica accolsero il principio del *free ship, free goods* che avrebbe dovuto tutelare il traffico neutrale durante le operazioni belli-

du droit maritime, Paris 1869 (deuxième édition), pp. 471-472, citato in SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 209. Sul ruolo di Hautefeuille nel dibattito giusinternazionalistico ottocentesco cfr. MANNONI, *Potenza e ragione*, cit., p. 180 e pp. 226-230.

⁽¹¹⁶⁾ D'altra parte, almeno fino al XIX sec. il dominio dei mari non si concretizzava con l'assoluto dominio navale, ovvero con la capacità di interdire all'avversario l'accesso alle vie marittime. Questo perché, come ha precisato tra gli altri Geoffrey Parker, nemmeno l'Inghilterra aveva in questo periodo una tale capacità militare. In merito a questo punto e, più in generale, all'evoluzione della guerra navale nell'Età Moderna, cfr. G. PARKER, *The Military Revolution. Military Innovation and the Rise of the West, 1500-1800*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, trad. it., *La rivoluzione militare. Le innovazioni militari e il sorgere dell'Occidente*, Bologna, Il Mulino, 1990.

⁽¹¹⁷⁾ È lo stesso Schmitt a richiamare l'attenzione sul fatto che la strenua difesa della libertà delle 'vie di traffico marittimo' ha orientato al tempo stesso le scelte politiche, l'espansionismo coloniale e, infine, le negoziazioni diplomatiche di Londra. Cfr. SCHMITT, *Il concetto di Impero nel diritto internazionale*, cit., pp. 27-35.

che ⁽¹¹⁸⁾. Ed il fatto che da sempre Londra avesse mal sopportato vincoli giuridici troppo stretti, era provato dalla spregiudicatezza con cui la *Royal Navy* aveva esercitato il blocco navale delle coste continentali durante le guerre napoleoniche.

Ancora dopo la Dichiarazione di Parigi del 1856, l'atteggiamento britannico era di latente ostilità nei confronti delle possibili restrizioni al libero esercizio del potere navale. A Parigi, come noto, si era celebrato un grande compromesso sotto gli auspici del dogma liberale 'peace through trade': l'Inghilterra aveva ottenuto che fosse sancito una volta per tutte il divieto alla guerra di corsa, rendendo così definitivamente illegittima una pratica che aveva impensierito non poco l'Ammiragliato nei lunghi anni delle guerre contro la Francia ⁽¹¹⁹⁾. Da parte sua, l'Inghilterra aveva acconsentito a dare una stabile disciplina al blocco navale che la marina inglese aveva dimostrato di saper applicare con micidiale efficacia. Ma soprattutto Londra, accordando una forte tutela ai traffici marittimi internazionali, aveva infine accolto il principio del *free ships, free goods*, assicurando l'assoluta inviolabilità delle merci neutrali, anche se trasportate su un vascello battente bandiera nemica ⁽¹²⁰⁾.

In tal senso, gli accordi di Parigi possono a ragione considerarsi uno dei traguardi più significativi ottenuti dalla *European International Society*, segnalando il grado di integrazione politica raggiunto

⁽¹¹⁸⁾ Sulla nascita e sull'evoluzione normativa di tale principio si veda il classico J. M. VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, vol. XI, part IX-C, Dordrecht, Kluwer, 1992. Per una ricostruzione attenta anche al dibattito dottrinario si veda poi GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., con particolare riferimento agli esordi di tale problematica pp. 221-225 e pp. 402-412. Nell'Ottocento la questione della tutela del traffico neutrale diventa poi uno dei temi più 'caldi' del dibattito giusinternazionalistico, ivi, pp. 535-542 e pp. 631-636, ma vedi anche MANNONI, *Potenza e ragione*, cit., pp. 174-260. Il testo del Trattato di Utrecht, composto in realtà da due distinti accordi — l'uno anglofrancese, l'altro anglospagnolo, stipulati rispettivamente nell'aprile e nel luglio 1713 — è in GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, cit., vol. II, pp. 217-239.

⁽¹¹⁹⁾ Nel solo periodo delle guerre rivoluzionarie i corsari francesi avevano catturato oltre 2100 navi inglesi. Si veda J. E. THOMPSON, *Mercenaries, Pirates, Sovereigns. State-Building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 1994, p. 26.

⁽¹²⁰⁾ In relazione alle vicende della Dichiarazione di Parigi, cfr. MANNONI, *Potenza e ragione*, cit., pp. 226-233.

dalle potenze europee a metà dell'Ottocento, pur in assenza di una cornice istituzionale definita e stabile ⁽¹²¹⁾. Eppure, applicando ancora una volta la teoria schmittiana come chiave di lettura, pare difficile esaltare le vicende di Parigi come il trionfo dello *jus publicum Europaeum* sul *nomos* del mare. Le disposizioni contenute nella Dichiarazione del 1856, per quanto politicamente significative, avevano uno statuto ambiguo: si trattava di una manciata di principi che, accomunati da una precisa cornice ideologica, non dettavano però una disciplina sostanziale, avvicinandosi così — in accordo per altro con l'*esprit du temps* — molto più alla *positive morality* che non al diritto in senso proprio.

Del resto, anche l'impronta cobdeniana della Dichiarazione di Parigi tende a sfumare se solo si riflette sull'egemonia economica esercitata dall'Impero britannico alla metà del diciannovesimo secolo. Londra, è vero, nel 1849 aveva rinunciato alla prassi dei *Navigation Acts* con cui fin dalla metà del diciassettesimo secolo aveva protetto il proprio mercato interno, e reprimendo ogni tentazione mercantilista sembrava essersi convertita una volta per tutte ai principi del *laissez-faire*. Ma ci si può chiedere se tale conversione, avvenuta nel momento in cui il controllo esercitato da Londra sulle rotte oceaniche era pressoché assoluto, prima ancora che un omaggio all'idealismo liberale, non fosse un atto di supremo realismo. Ci si può cioè domandare se l'aspirazione britannica al *free trade*, all'abolizione dei dazi doganali e alla protezione del commercio internazionale, nel momento di massimo splendore dell'Impero britannico, non sortisse sul piano geopolitico effetti del tutto analoghi a quelli delle politiche mercantilistiche rigidamente applicate fino a pochi anni prima.

Nella Dichiarazione di Parigi, l'equilibrio tra terra e mare, dunque, era tutt'altro che contraddetto. Se ne aggiornavano i caratteri, si assestavano i pesi ed i contrappesi, si riequilibrava la bilancia, ma non si negava la natura del tutto peculiare degli spazi oceanici, la loro valenza profondamente anarchica.

È semmai sorprendente il fatto che in un'età di incipiente giurispositivismo, di incombente statalismo, il carattere non-statale

⁽¹²¹⁾ Sul concetto di società internazionale rimane imprescindibile BULL, *The Anarchical Society*, cit.

del mare trovasse una così vigorosa conferma: se con le *amity lines* le distese oceaniche erano state consegnate al libero esercizio della violenza, ora i principi consacrati nella Dichiarazione di Parigi sancivano il connubio tra la libertà dei mari e la libertà dei commerci marittimi, « dove le navi erano essenzialmente non statali » (122).

In definitiva, quello che si ribadì a Parigi — ha suggerito Schmitt — fu piuttosto l'immagine eurocentrica del diritto internazionale, allora più che mai il prodotto di una coscienza comune, di un lessico giuridico condiviso (123). È appena il caso di osservare però che, nel momento stesso in cui si andava celebrando il trionfo di questo ordinamento — il frutto più importante della società internazionale europea —, iniziavano a palesarsi i primi segni della sua decadenza. Tre furono gli Stati che rifiutarono di aderire alla Dichiarazione: la Spagna in primo luogo, che, in virtù della precaria situazione in cui versava la propria marina, dichiarò di non poter fare a meno di ricorrere alla guerra di corsa in caso di conflitto. Ma senza dubbio più significativa fu l'opposizione dei rappresentanti di due paesi extraeuropei: la giovane repubblica messicana e gli Stati Uniti. È il caso di sottolineare, più che le ragioni di tale rifiuto, l'importanza di questo primo strappo nella tela dello *jus publicum Europaeum*, da considerare uno dei prodromi della crisi di tale ordinamento, destinata a manifestarsi in tutta la sua drammaticità soltanto un secolo più tardi (124).

Alla luce della dicotomia tra *Land* e *Meer*, gli accordi di Parigi non smentirono affatto la natura anarchica delle distese marine. L'ordinamento dei mari continuava ad avere una natura 'liquida', flessibile. La sua morfologia si plasmava in un ambiente ibrido, in cui altre regole tendevano ad innestarsi sulle norme consuetudinarie, frutto ora della prassi mercantile, ora delle logiche di potenza. Come ha suggerito Grewe, il principio della libertà dei mari « did not only mean freedom of maritime intercourse and world trade, it

(122) Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 210.

(123) Sul legame tra diritto internazionale, ordinamento spaziale eurocentrico e logica dell'equilibrio ivi, pp. 233-237.

(124) L'immagine di Schmitt 'filosofo della crisi' trova una convincente caratterizzazione in COLOMBO, *L'Europa e la società internazionale*, cit., pp. 295-301.

also meant freedom of choice in respect of treaties of naval warfare ». E quest'ultima libertà « can only be understood in the perspective of British sea power » (125).

Freedom, of the seas, freedom of trade, freedom of war, queste erano dunque le direttrici secondo cui il *nomos* del mare è venuto configurandosi, questa era la rotta seguita dal « grande pesce », il Leviatano, « alla ricerca di altri oceani » (126). Sul Vecchio Continente tanto l'opera di mediazione del Concerto Europeo ispirata alla tradizionale retorica della *balance of power*, quanto l'influenza esercitata dai giuristi, avevano individuato nel diritto interstatale una 'ragione' in grado di contenere gli eccessi della 'potenza'. Il diritto dei mari, invece, era destinato ad apparire, più che il risultato di scelte concertate, una delle modalità attraverso cui si manifestava la *Machtwillen* britannica. D'altra parte, se il pacifismo liberale trionfante a Parigi aveva avuto un esito così modesto sul piano normativo, non era sorprendente che nei decenni successivi, sotto l'impulso delle dottrine navaliste sempre più *à la page* nelle cancellerie, i sostenitori della neutralità marittima ed i fautori di una codificazione del diritto dei mari trovassero in genere scarsa accoglienza.

Nessuna meraviglia dunque, se, nel momento in cui il neomercantilismo prendeva vigore, non si esitava ad evocare i fantasmi di Drake, di Raleigh e di tutti coloro che avevano contribuito a fondare la potenza navale britannica sullo *jus praedae*. Thomas Gibson Bowles — tra i più influenti giornalisti dell'Inghilterra vittoriana oltre che politico di rilievo — interpretava un sentimento diffuso nell'*establishment* britannico quando osservava che « the Declaration of Paris has no friends », auspicandone un repentino ripudio (127). Ed erano parole, queste, destinate a non rimanere confinate nell'ambito della dialettica parlamentare se è vero che la

(125) Cfr. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., p. 551.

(126) Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 98.

(127) Gibson Bowles, prima ancora che membro del Parlamento ed intimo del giovane Winston Churchill, fu il fondatore del fortunato *Vanity Fair*. In merito alle critiche mosse alla Dichiarazione di Parigi, cfr. T. GIBSON BOWLES, *The Declaration of Paris: Being an Account of the Maritime Rights of Great Britain; a Consideration of their Importance; a History of their Surrender by the Signature of the Declaration of Paris; and an Argument for their Resumption by the Denunciation and Repudiation of their*

Gran Bretagna, dopo le ‘graziose concessioni’ di Parigi, aveva assunto un atteggiamento di forte diffidenza nei confronti dei progetti di codificazione della guerra marittima, discussi all’Aia nel 1907 e poi ancora a Londra nel 1909⁽¹²⁸⁾. Tutto ciò, nello stesso periodo in cui le Potenze cercavano, per lo meno a partire dalla Convenzione di Ginevra del 1864, di trovare dei *temperamenta belli* efficaci per le operazioni terrestri. Sullo sfondo delle scelte di Londra si agitavano inquieti i fantasmi dei *privateers* elisabettiani: ancora una volta « l’essenza del *Seekrieg* è la conquista del bottino, il suo è l’*animus furtandi* del pirata », ancora una volta « il mare non conosce, al contrario della terra, né *Ortung* né *Recht* »⁽¹²⁹⁾.

Questa peculiare commistione tra diritto e potenza, questa continua sovrapposizione di piani, per cui le strategie navali non si esaurivano nelle manovre delle squadre navali, ma approdavano alle prassi diplomatiche e perfino ai manuali dei giuristi, ha segnato l’ordinamento marittimo anche al di là dello *jus belli* navale vero e proprio: in realtà è stato tutto il diritto del mare, nella sua relazione tra norma e spazio, ad essere caratterizzato da questa forte commistione tra *Macht* e *Recht*. Ed è una ibridazione che senza dubbio ha favorito uno sviluppo ‘unilaterale’ dell’ordinamento marittimo. È il caso, ad esempio, del *Territorial Waters Jurisdiction Act* del 1878 con cui la Gran Bretagna — negli stessi anni in cui lo spirito della Dichiarazione di Parigi entrava in crisi — aveva sancito il limite delle tre miglia nautiche, ponendo fine alle dispute sull’estensione delle acque territoriali che continuavano a svolgersi all’ombra dell’*auctoritas* di Byrkenshoeck⁽¹³⁰⁾. Od ancora, per venire a tempi

Declaration, London, Low, Marston and Co., 1900, p. I. L’opinione espressa da Gibson Bowles è riportata in MANNONI, *Potenza e ragione*, cit., p. 244.

⁽¹²⁸⁾ Si veda in tal senso il duro giudizio di Grewe in GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 551-552, ma anche la più articolata, e pacata, ricostruzione contenuta in MANNONI, *Potenza e ragione*, cit., pp. 246-258.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. A. BOLAFFI, *Presentazione*, in SCHMITT, *Terra e mare*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 5-29 ed in particolare p. 25

⁽¹³⁰⁾ Sulla rilevanza di tale atto si veda L. SICO, *Nuovo diritto del mare e potere marittimo degli Stati*, in AA.VV., *Il potere marittimo: atti del convegno di Napoli*, 22 ottobre 1994, Roma, USMM, 1995, pp. 47-54. Il *Territorial Waters Jurisdiction Act* fu il frutto della vigorosa reazione del Parlamento alla sentenza *The Queen v. Keyn*. In tale giudizio la *Highb Court* aveva fissato i limiti della propria giurisdizione, escludendo che nell’ordinamento britannico si potesse rinvenire una norma volta a sancire la sovranità

più recenti, alla *Truman Proclamation* del 1945, con cui gli Stati Uniti hanno addirittura fondato giuridicamente l'istituto della piattaforma continentale.

Non è dunque un caso che solo nel 1982 — dopo molte difficoltà ed in un contesto politico ben diverso — si sia giunti con la celebre Convenzione sul diritto del mare di Montego Bay alla definizione di un'organica disciplina degli spazi marini, frutto della volontà della comunità internazionale nel suo complesso ⁽¹³¹⁾. Ed è un traguardo che, come avverte la dottrina giusinternazionalistica riecheggiando inconsapevolmente le parole di Schmitt, ancora una volta mira ad un equilibrio tra « potere territoriale e potere navale » ⁽¹³²⁾.

Del resto Montego Bay non ha certo esorcizzato i fantasmi della *Realpolitik*. È emblematico il fatto che gli Stati Uniti, non a caso gli eredi della talassocrazia britannica, non abbiano ratificato la Convenzione. Lord Nelson avrebbe senza dubbio applaudito alle conclusioni dell'ambasciatore James Malone, *chairman* della delega-

nazionale sulla fatidica *Three-mile line*. L'importanza di questo caso è autorevolmente attestata da Henry Sumner Maine che nella seconda delle *Whewell Lectures* ne offre un'approfondita ricostruzione, cfr. H. S. MAINE, *International Law*, London, Murray, 1888. È per lo meno emblematico che l'ordinamento marittimo abbia ricevuto un così determinante impulso non da un trattato multilaterale, ma da un atto legislativo nazionale. Ed è altrettanto significativo che l'atto in questione fosse stato emanato dal Parlamento britannico. Sulle vicende del *Territorial Waters Jurisdiction Act* cfr. MANONI, *Potenza e ragione*, cit., pp. 67-70.

⁽¹³¹⁾ Sui contenuti di tale convenzione cfr. T. TREVES, *La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982*, Milano, Giuffrè, 1983. Montego Bay è in realtà il risultato di un lungo e difficile percorso che, solo per rimanere nel secolo scorso, parte dall'Aia (1907), per arrivare alla Convenzione di Barcellona sulla libertà di transito (1921), alla Convenzione di Ginevra sui porti marittimi (1923), ai più ambiziosi tentativi di codificare il diritto del mare rappresentati dalla Prima Conferenza sulla codificazione del diritto internazionale dell'Aia (1930), alle due Conferenze sul diritto del Mare di Ginevra (1958 e 1960). L'*iter* della Convenzione di Montego Bay è stato travagliato: i lavori preparatori svolti all'interno della terza Conferenza delle Nazioni Unite per la codificazione del diritto del mare sono durati dal 1974 al 1982. La Convenzione, poi, è entrata in vigore solo nel 1994, dal momento che per oltre un decennio è mancato il numero di ratifiche necessario.

⁽¹³²⁾ Cfr. SICO, *Nuovo diritto del mare e potere marittimo degli Stati*, in AA.VV., *Il potere marittimo*, cit., p. 53.

zione statunitense ai lavori della Convenzione, esposte sulle prestigiose pagine di « Foreign Policy »:

« Let me state very emphatically that the United States cannot and will not sign the United Nations Convention on the Law of the Sea. The treaty is fatally flawed and cannot be cured. In its present form it presents a serious threat to U.S. vital national interests and, in fact, to global security. Once more, it is inimical to the fundamental principles of political liberty, private property, and free enterprise. The administration firmly believes that those very principles are the key to economic well-being for all countries, developing as well as developed » ⁽¹³³⁾.

6. *L'isola che si fece pesce*

La teoria schmittiana ha dunque il merito di cogliere la complessa relazione tra terra e mare in tutta la sua ricchezza di significati. E nel far questo Schmitt non solo sopravanza per spessore concettuale quella *Realpolitik* così ben radicata nella tradizione della geopolitica germanica, ma supera anche quella prospettiva tellurica cui, ad esempio, è ancora legato il *Vom Kriege* clausewitziano ⁽¹³⁴⁾. La visione schmittiana è senza dubbio grandiosa: proprio la sua 'apertura' agli spazi oceanici le permette già in *Land und Meer* di avvertire l'imminenza di un nuovo *nomos*, eccentrico sotto il profilo quantitativo e qualitativo rispetto ad ogni altra concezione spaziale ⁽¹³⁵⁾. Ed è questa acuta sensibilità a segnare la distanza di Schmitt dalla *Geopolitik* di un Rudolf Kjellen o di un Karl Haushofer, ed ancor di più dalla retorica nazional-socialista del *Lebensraum* cui è stato talvolta troppo frettolosamente

⁽¹³³⁾ Cfr. J. MALONE, *Who Needs the Sea Treaty?*, in « Foreign Policy », 54, 1984, 2, p. 83. A tutt'oggi, a Washington, l'eventuale ratifica della Convenzione è oggetto di un vivace dibattito.

⁽¹³⁴⁾ In merito all'interpretazione schmittiana di Clausewitz cfr. C. SCHMITT, *Clausewitz als politischer Denker. Bemerkungen und Hinweise*, in « Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte », 6, 1967, pp. 479-502. Schmitt rimprovera a Clausewitz il carattere 'tellurico' della sua dottrina politico-strategica. Sul punto si veda PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum*, cit., p. 214 e BOLAFFI, *Presentazione*, in SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 25-26.

⁽¹³⁵⁾ *Infra*, p. 446 ss.

associato ⁽¹³⁶⁾. Si tratta, infatti, di concezioni che, sotto il profilo spaziale, tendono ad assolutizzare l'ordine tellurico. Per Schmitt, invece, questa dimensione viene sempre relativizzata, messa in discussione. Il *nomos* nasce dalla tensione tra terra e mare, dal feroce abbraccio tra *Leviathan* e *Behemoth* ⁽¹³⁷⁾.

L'allegoria, per altro, è senza dubbio affascinante, ma bisogna andare oltre i riferimenti cabalistici, non farsi tentare dalle allusioni gnostiche, non perdersi dietro l'erudito gioco di specchi fabbricato da Schmitt. Le questioni che pone, infatti, alludono alle radici profonde della tradizione politica e giuridica occidentale. E proprio partendo dalla contrapposizione ancestrale tra terra e mare, Schmitt ha modo di svilupparne tutte le implicazioni: in primo luogo l'opposizione tra due modelli giuridici contrastanti, l'uno basato sull'idea di sovranità statale, di territorialità, l'altro invece fondato su un ordine *staatsfrei*, universalistico e dunque deterritorializzato.

La tradizione giuridica, cui guarda, se non lo Schmitt radicale di *Land und Meer*, quanto meno lo Schmitt più pacato del *Nomos der Erde*, ha metabolizzato questa contrapposizione. Il *nomos* promana dalla costante dialettica tra terra e mare, che non ricerca sintesi o, peggio ancora, sovrapposizioni, ma che piuttosto mira ad un 'equilibrio conflittuale'. Ed è uno 'stile di pensiero' che, come ha messo in luce Portinaro, trova degli autorevoli referenti negli stessi padri dello *jus publicum Europaeum*, da Francisco de Vitoria ad Alberico Gentili, a Ugo Grozio. « Gli effetti dell'opposizione terra-mare sulla configurazione politica della storia dei popoli », ha precisato Portinaro, « erano infatti sempre stati riconosciuti dai giuristi europei testimoni dei conflitti fra le potenze interessate alla colonizzazione del nuovo mondo » ⁽¹³⁸⁾.

Il *nomos*, dunque, nasce dal conflitto tra gli spazi, dalla continua tensione tra terra e mare secondo una dialettica che non

⁽¹³⁶⁾ *Supra*, p. 391 ss. Sul rapporto tra Schmitt e Haushofer cfr. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, cit., pp. 294-295.

⁽¹³⁷⁾ In realtà l'opposizione tra *Land* e *Meer*, ha suggerito Portinaro, è un *topos* della letteratura geopolitica. Solo con Schmitt, però, questa dialettica assurge a vera e propria filosofia della storia. Sul punto cfr. P. P. PORTINARO, *Nel tramonto dell'Occidente: la geopolitica*, in « Comunità », 36, 1982, 184, pp. 1-42, ed in particolare pp. 1-15.

⁽¹³⁸⁾ Ivi, pp. 39-40.

nasconde la propria ascendenza hegeliana, ma la rivendica con forza: la citazione in calce a *Land und Meer* del paragrafo 247 delle *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, relativo proprio alla contrapposizione tra terra e mare, ha quasi il significato di un lascito spirituale. «Lascio al lettore attento», scrive infatti Schmitt, «il compito di cogliere nelle mie considerazioni l'inizio di un tentativo di sviluppare questo paragrafo 247, analogamente al modo in cui i paragrafi 243-246 sono stati sviluppati dal marxismo» (139).

Mi guardo bene dal voler raccogliere un così gravoso fardello. Quello che mi interessa, piuttosto, è proporre alcune riflessioni relative alla 'talassopolitica' schmittiana — ed alle dinamiche egemoniche da essa configurate (140) — che *hic et nunc* possono essere declinate al più come 'dichiarazioni di intenti' per ulteriori ricerche.

Come si legge nel *Nomos der Erde* l'Inghilterra, dunque, «divenne il veicolo del mutamento spaziale verso un nuovo *nomos* della terra e persino — potenzialmente — il campo in cui si sarebbe verificato il balzo successivo nella totale perdita di luogo della tecnica moderna» (141). Nel momento in cui si era affermato l'*ordo Britannicus*, si era prodotto un ordine de-spazializzato, dirompente nella sua radicale opposizione a qualsiasi archetipo precedente. Né poteva essere diversamente, l'Inghilterra non aveva conosciuto quella forma-Stato che si era invece imposta sul continente europeo: «conquistò il mondo con la sua navigazione» si legge in *Der Leviathan* «e non ebbe bisogno della monarchia assoluta, né di un esercito stanziato, né di una burocrazia statale, né di un sistema giuridico da Stato di 'leggi'» (142). L'Inghilterra rimaneva profondamente ostile all'idea stessa di sovranità così come si è affermata

(139) Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 111. Il passaggio è ancor più notevole dal momento che Schmitt è stato sempre piuttosto tiepido nei confronti dell'idealismo hegeliano. Antimo Negri, proprio alla luce dei suggerimenti schmittiani, ha proposto una lucida riflessione relativa al paragrafo 247 delle *Grundlinien der Philosophie des Rechts* in A. NEGRI, *Hegel e il mare*, in «Behemoth», 12, 1992, 2, pp. 19-25.

(140) Utilizzo il termine 'talassopolitica' nell'accezione suggerita da Julien Freund nella sua postfazione all'edizione francese di *Land und Meer*, cfr. C. SCHMITT, *Terre et mer*, Paris, Le Labyrinthe, 1985, e da CUMIN, *Thalassopolitique*, cit.

(141) Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 215.

(142) Cfr. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, cit., pp. 61-143, in particolare p. 125.

al di qua della Manica. È vero che con gli Stuart si era tentato di importare il modello continentale, ma questa progetto 'tellurico' fu respinto dalle « forze del mare e del commercio, più potenti e più conformi alla nazione inglese » (143). Alla radice dell'*ordo britannicus* vi era dunque un conflitto, ancor più devastante in quanto conflitto civile. Ma nel momento in cui l'Inghilterra proiettava la sua potenza sugli oceani, la contrapposizione tra terra e mare era stata ormai metabolizzata. La nazione inglese aveva deciso: la sua vocazione era marittima.

Per altro, riprendendo un tema caro a tanta storiografia d'Oltremarica, Schmitt scorge dietro l'espansionismo 'talassocratico' dell'Inghilterra la pressione di forze non-statali: era la *society*, intesa come l'insieme delle forze sociali ed economiche, e non lo Stato, il vettore di questa dinamica egemonica. Nessuna sorpresa che, rispetto ai grandiosi progetti di ingegneria istituzionale circolanti tra le Corti dell'Europa continentale, il modello coloniale inglese appaia singolarmente elementare. Si trattava di un ordine giuridico basato su un sistema di governo indiretto, quell'*indirect rule* che avrebbe trovato in India la sua definitiva consacrazione, rivelatore della tradizionale avversione inglese verso modelli istituzionali più strutturati ed organizzati (144).

Ne consegue che il trionfo dell'Inghilterra, ha suggerito ancora Schmitt, è coinciso con il trionfo dell'U-topia, intesa come negazione di ogni localizzazione, di qualsiasi determinazione spaziale. E nella prospettiva schmittiana, tale negazione non comporta alcuna 'fine della storia', ma solo una discesa nel nichilismo più radicale. Esplicitando la correlazione tra nichilismo e U-topia, Schmitt scrive infatti che « solo una definitiva e radicale separazione tra ordinamento e localizzazione nello spazio [...] può essere detta nichilismo in un senso storico specifico » (145).

D'altra parte, se gli spazi marittimi venivano assoggettati ad un apparato di regole privo di qualsiasi relazione spaziale, tale ordine de-localizzato si saldava su un articolato sistema normativo frutto della consuetudine e della *lex mercatoria*. Un ordine 'de-stataliz-

(143) Ivi, pp. 124-125.

(144) *Infra*, p. 436 ss.

(145) Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 53.

zato', dunque, si incardinava su di un sistema normativo che fin dalla sua origine sfuggiva alla normazione statale. Si trattava, infatti, di un ordinamento che nasceva dalla prassi dei mercanti, dalle convenzioni sorte spontaneamente tra gli operatori commerciali che i tecnici del diritto avevano saputo affinare.

Abbandonando ogni aspirazione formalistica occorre riflettere, suggerisce Schmitt, sul fatto che « il diritto internazionale interstatale dello *jus publicum Europaeum* è soltanto una delle molte possibilità del diritto internazionale presenti nella storia del diritto » (146). È così che, accanto al diritto interstatale, altri sistemi di norme si sono succeduti nel regolare i rapporti tra le comunità: il diritto intertribale, quello intermunicipale, il *Grossraumrecht*. Ma soprattutto, nell'Età moderna, accanto al diritto delle *gentes* si sono generati sistemi di regole che, per così dire, trascendono le entità statali.

Il sistema normativo internazionale, in Schmitt, si dissolve in una pluralità di ordinamenti tra loro concorrenti: accanto al diritto internazionale pubblico, frutto della prassi delle cancellerie e delle *opiniones* dei giuristi, germinano altri ordinamenti, altri sistemi di norme basati se non su una cultura giuridica condivisa, per lo meno su una coscienza comune. È così che tra le maglie del diritto inter-statale, si è venuto affermando un « diritto economico comune ». Si tratta, dice ancora Schmitt, del diritto del libero commercio e della libera economia, che, sotto la pressione dei mercati, non ha tardato a saldarsi con il principio della libertà dei mari (147).

È qui appena possibile richiamare il fatto che questa saldatura si sia attuata in una cornice ideologica tutt'altro che neutra. E certo, proprio a partire dalle premesse poste da Schmitt, sarebbe interessante esaminare in una dimensione giusfilosofica e storico-giuridica quale sia stata l'influenza del mercantilismo prima, e del liberalismo poi, nel costruire un diritto 'liquido', non-statale (148).

(146) Ivi, p. 263.

(147) Ivi, pp. 265-266.

(148) È una dinamica che, al di là dei fasti britannici, coinvolge un po' tutte le Potenze impegnate nel primo espansionismo coloniale. Tra i migliori interpreti della dottrina mercantilista — non a caso si parla anche di colbertismo — va annoverato Jean-Baptiste Colbert, influente *Contrôleur Général* alla Corte del Re Sole, a cui si devono oltre alle celebri *Ordonnances du commerce* (1673), le non meno importanti

Ma, 'prendendo sul serio' le tesi di Schmitt, vale almeno la pena soffermarsi sull'influenza che le compagnie commerciali — a partire dal Seicento le grandi protagoniste dei traffici mercantili oceanici — hanno esercitato sulle politiche navali e coloniali dell'Europa moderna. Attori di primo piano nel sistema internazionale fin dall'epoca pre-vestfaliana, queste vere e proprie *joint-stock companies* si segnalavano per la loro eccentrica morfologia, per uno *status* giuridico ibrido, ambiguamente sospeso tra diritto civile, *lex mercatoria* e diritto pubblico internazionale ⁽¹⁴⁹⁾. Come ha osservato Janice Thompson che, sulla scorta di Charles Tilly, Fernand Braudel ed Immanuel Wallerstein, ha ricostruito con dovizia di particolari il ruolo delle compagnie commerciali nell'evoluzione delle relazioni internazionali, « with these curious institutions all analytical distinctions — between the economic and the political, non-state and state, property rights and sovereignty, the public and the private — broke down » ⁽¹⁵⁰⁾. E, dunque, si può ritenere, con Schmitt, che proprio in virtù di questa particolare fisionomia in grado di eludere qualsiasi categorizzazione, questi soggetti fossero i 'naturali' vettori di quel nichilismo storico teorizzato in *Nomos der Erde*.

Nel gioco delle dicotomie schmittiane, terra e mare, sovranità ed anarchia, diritto statale e diritto 'comune', se ne può dunque aggiungere un'altra: quella tra soggetti statali e soggetti non-statali.

Ordonnances de la marine (1681). Nel suo disegno politico potere navale e potere economico venivano a saldarsi l'un l'altro: Colbert fu infatti il grande promotore della *Compagnie des Indes Orientales* e al tempo stesso uno strenuo sostenitore della *Marine Royale*, che proprio con l'*Inscription Maritime* del 1668 si dotava di una moderna struttura amministrativa.

⁽¹⁴⁹⁾ La *East India Company*, ad esempio, faceva risalire i propri natali al 31 dicembre 1600, quando Elisabetta I autorizzò la sua costituzione con il nome di *The Governor and Company of Merchants of London Trading into the East Indies*. Il testo della *Charter* è in GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, cit., vol. II, pp. 165-170. A questa, detta *Old* o anche *London East India Company*, nel 1694 si affiancò per impulso del Parlamento la c.d. *New* o *English East India Company*. La concorrenza durò poco: già nel 1702 le due compagnie si fusero sotto la comune denominazione *The United Company of Merchants of England Trading to the East Indies*. La letteratura relativa alle sue vicende è particolarmente ampia, ma si veda quanto meno P. LAWSON, *The East India Company*, New York-London, Longman, 1993.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. THOMPSON, *Mercenaries, Pirates, Sovereigns*, cit., p. 32.

Forse Thomson pecca di scarsa cautela quando ritiene che « mercantile companies were, as a rule, granted full sovereigns powers » ⁽¹⁵¹⁾. Ma è innegabile che le compagnie commerciali, se non furono munite di vera e propria sovranità, furono quanto meno dotate di un'ampia facoltà di quella che oggi potremmo definire *governance*.

La loro attività, infatti, andava ben oltre l'ambito della prassi commerciale. Il loro potenziale militare era considerevole: l'*East India Company*, a cui la Corona sembrava aver delegato il compito di costruire l'impero, arruolava oltre centomila *sepoys* nel 1782, per tacere delle milizie europee. Una forza militare impressionante se si pensa che solo un ventennio prima l'Inghilterra, durante la Guerra dei Sette Anni, pur essendo impegnata su numerosi fronti — dal Mediterraneo, all'India, all'Africa ed alle Americhe — aveva faticato a mettere in campo un esercito di analoghe dimensioni. L'olandese *Verenigde Oostindische Compagnie*, fondata nel 1602 proclamando a gran voce la propria vocazione esclusivamente commerciale, un decennio dopo devolveva alla fortificazione delle Molucche — le chiavi di accesso dell'Estremo Oriente — oltre un terzo del suo considerevole bilancio ⁽¹⁵²⁾.

Nessuna sorpresa, dunque, che ad un potenziale bellico così elevato corrispondesse una notevole autonomia politica: lo statuto della *West-Indische Compagnie* — la compagnia olandese delle Indie Occidentale —, datato 1621, attribuiva alla Compagnia piena libertà nelle sue relazioni con le popolazioni indigene. La *charter* della *Hudson Bay Company*, siamo nel 1670, autorizzava la compagnia a tutelare con le armi le proprie prerogative nei territori del Nord-Ovest canadese ⁽¹⁵³⁾. Ma già lo statuto che nel 1661 aveva ridisegnato l'assetto dell'*East India Company*, aveva espressamente conferito alla Compagnia il potere di muovere guerra ai principi

⁽¹⁵¹⁾ Ivi, p. 35.

⁽¹⁵²⁾ Si calcola che le spese militari incidessero fino al 70% sui costi di ogni singolo viaggio tra i Paesi Bassi e l'Estremo Oriente. I dati riportati sono contenuti in PARKER, *La rivoluzione militare*, cit., p. 226. In relazione all'atto di fondazione della *Verenigde Oostindische Compagnie*, cfr. GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, cit., vol. II, pp. 171-175.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, cit., vol. II, pp. 599-605.

non cristiani, anche in difetto dell'assenso della Corona ⁽¹⁵⁴⁾. Negli anni feroci della prima espansione coloniale anche il discrimine religioso, però, era destinato a venir meno: è vero che nel 1609 la *Verenigde Oostindische Compagnie* si trovò a ricorrere all'autorevole parere di Grozio per vedere riconosciuta la legittimità della cattura di un galeone portoghese nello Stretto delle Molucche. Ma, in genere, una certa spregiudicatezza pagava: nel 1621 una forza congiunta anglo-persiana, frutto dell'inedita alleanza tra lo Scià e l'*East India Company*, strappava, dopo una sanguinosa battaglia, lo snodo strategico di Hormuz ai cristianissimi portoghesi. Un trentennio dopo furono gli Olandesi, con il decisivo apporto delle milizie singalesi, a strappare la piazza di Colombo ai portoghesi, infliggendo un colpo decisivo alle ambizioni coloniali di Lisbona.

Ma l'autonomia politica — la sovranità verrebbe quasi da dire — delle compagnie commerciali si manifestava in forme, se possibile, ancora più esplicite. Come ha sottolineato Thomson, non era raro che, sopiti i clamori delle armi in Europa, nei tropici si continuasse a combattere. Talvolta le compagnie decidevano semplicemente di ignorare gli accordi stipulati dalla madrepatria: le complesse vicende delle Guerre Carnatiche, con cui alla metà del XVIII secolo la *East India Company* riuscì ad espellere la Francia dal subcontinente indiano, hanno palesato questa costante sovrapposizione di *bellum publicum* e *bellum privatum*. Altre volte tali scontri rispondevano alla logica del confronto commerciale, coinvolgendo compagnie rivali. Ed in nome del monopolio commerciale ogni discrimine di bandiera veniva meno: i territori del Manitoba, ad esempio, videro contrapporsi la *Hudson Bay Company* e la *North West Company* in un lungo e sanguinoso braccio di ferro, terminato solo nel 1821 con la fusione delle due compagnie commerciali. Poteva perfino verificarsi, qualora gli interessi delle compagnia confliggevano con quelli della madrepatria, che si sfiorasse la guerra civile. Gli Stati Generali d'Olanda, in particolare, faticarono non poco a tenere a freno le spregiudicate manovre politiche delle compagnie olandesi, arrivando più volte a minacciare l'uso della forza ⁽¹⁵⁵⁾.

Oltre ad un impressionante potenziale militare ed a una note-

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. THOMPSON, *Mercenaries, Pirates and Sovereigns*, cit., pp. 35-36.

⁽¹⁵⁵⁾ Ivi, pp. 59-67.

vole autonomia politica, le compagnie commerciali avevano una specifica soggettività giuridica, che si traduceva nella capacità di stipulare accordi internazionali, intrattenere negoziati, stabilire rappresentanze diplomatiche. Ma che soprattutto significava una forte autonomia interna, sia sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, sia nell'esercizio di un'assoluta riserva di giurisdizione in materia civile e penale. Si tratta di un aspetto che può forse apparire scontato se ci si riferisce alle compagnie commerciali olandesi, che erano particolarmente autonome dalla madrepatria vuoi in virtù della loro vocazione mercantile, vuoi per la loro fisionomia 'aziendale', vuoi perché l'Olanda non sarebbe comunque stata in grado di esercitare un effettivo controllo politico e militare. Ma certo sorprende che una tale autonomia giuridica fosse riconosciuta alle compagnie inglesi, in genere più sensibili agli interessi politici di Londra, e soprattutto alle loro controparti francesi, in effetti delle vere e proprie imprese di stato ⁽¹⁵⁶⁾.

Nel 1858, una volta domata la rivolta dei *sepoys*, la Regina Vittoria proclamava ufficialmente che il governo britannico si sarebbe direttamente fatto carico dell'amministrazione dell'India, sostituendo in via definitiva l'*East India Company*, per altro già indebolita nelle proprie prerogative 'sovrane' dall'*India Act* fermamente voluto da William Pitt ⁽¹⁵⁷⁾. Eppure la presenza di soggetti privati all'interno del sistema politico internazionale, in grado di alterare la tradizionale dimensione statocentrica che si è soliti attribuire al moderno ordinamento post-vestfaliano, rimaneva costante anche nel momento in cui le grandi compagnie mercantili

⁽¹⁵⁶⁾ Come si è visto, sotto il Re Sole era stata attivata nel 1664 la *Compagnie des Indes Orientales* altrimenti detta, e non è un caso, *Compagnie de Colbert*, Nel 1714 la ragione sociale era mutata in *Compagnie perpétuelle des Indes* ed infine, nel 1785, in *Compagnie de Calonne*, in quest'ultima fase con indirizzo solo mercantile. Ma altre compagnie si affacciavano alla ribalta con maggior o minor fortuna, come la *Compagnie française des Indes Occidentales*, gemella di quella delle Indie Orientali, o la *Compagnie du Senegal*, fondata nel 1673 dall'instancabile Colbert. Il fenomeno è davvero esteso: solo per rimanere nell'ambito francese tra il 1599 ed il 1789 furono fondate non meno di settantacinque compagnie commerciali. Cfr. in tal senso GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 298-304.

⁽¹⁵⁷⁾ In relazione alla *Royal Proclamation Concerning the Liquidation of the British East India Company*, cfr. GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, cit., vol. III-1, pp. 348-354.

entravano in crisi. Sullo sfondo delle vicende dell'imperialismo europeo tardo-ottocentesco, infatti, è possibile scorgere un brulicare di iniziative private, che pur senza avere la solidità economica e l'autorevolezza politica delle compagnie commerciali del passato, sembravano volerne ricalcare le gesta.

All'indomani del Congresso di Berlino del 1885 si consegnavano alla storia le gesta delle compagnie commerciali che avevano aperto i ricchi mercati extra-europei, inserendo nel circuito statale territori fino ad allora 'altri'. Eppure non si esitava a riproporre il modello delle *mercantile companies* nel momento in cui ulteriori spazi si aprivano alla penetrazione europea. La schizofrenia di queste politiche coloniali non è sfuggita a Schmitt, il quale osserva lucidamente che « antiche forme di acquisizione di territorio coloniale mediante compagnie private di commercio, praticate nel secolo XVII e quindi per lungo tempo ritenute superate dall'evoluzione statale tornarono ora in vita [...] in numero sorprendente »⁽¹⁵⁸⁾. È sufficiente citare il nome di Cecil Rhodes che a capo della *British South Africa Company*, munita nel 1889 di una propria *Royal Charter*, conquistò il cuore dell'Africa australe, regalando alla Corona l'immenso territorio della Rhodesia. Ancora nel 1897 la *Royal Niger Company* si spinse verso l'Africa sub-sahariana, invadendo gli emirati musulmani dell'Alto Niger ed impegnandosi in una dura campagna militare: nonostante alcuni successi iniziali, le operazioni militari terminarono infatti solo nel 1903.

D'altra parte, questa reviviscenza delle compagnie mercantili non riguardò solo l'Africa dell'ultimo colonialismo. Nell'America centrale, ad esempio, la mano di Washington era forse meno pesante e gli attori meno agguerriti. Ma è certo che ancora nel primo decennio del secolo scorso i grandi cartelli della frutta non esitavano a sfidarsi organizzando milizie armate e coinvolgendo nei loro scontri le fragili democrazie locali, fino a rendere necessario l'intervento stabilizzatore di Washington.

Il confronto tra terra e mare, così com'è ricostruito da Schmitt, rimane dunque un paradigma importante, e tutt'altro che datato, per comprendere la modernità. All'ordine tellurico dello Stato che nell'Europa continentale andava costruendo la propria identità, si

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 271.

affiancava dunque il *nomos* degli oceani. Ed è significativo che il diritto 'liquido' del mare sia sgorgato dalla stretta interazione tra fattori ben determinati: in primo luogo un ordine normativo 'spontaneo' che ha avuto il proprio archetipo nella *common law* e nella *lex mercatoria*. In secondo luogo un ordine politico de-statalizzato, causa ed effetto al tempo stesso della *suzerainty* e dell'*indirect rule* con cui Londra ha governato il suo immenso impero. Infine il diritto 'liquido' dei mari era il prodotto di un sistema di relazioni internazionali fortemente 'privatizzato', come dimostrano le vicende dei *privateers* prima e delle *mercantile companies* poi.

Era un'alchimia delicata, generata dalla sintesi di elementi tanto dissimili, che poteva realizzarsi solo nel momento in cui l'equilibrio di potenza sussistente nel continente europeo lasciava libero sfogo alla *Machtpolitik* negli spazi oceanici (159). Ed in questa forte polarizzazione si misurava la distanza tra due modelli giuridici, due 'geofilosofie' — l'una tellurica, l'altra oceanica — in irriducibile contrapposizione.

Forse ci si può spingere oltre, andando al di là di quella che comunque rimane un'affascinante archeologia dell'ordinamento internazionale. Secondo quanto suggerisce Portinaro, è infatti possibile individuare nell'analisi di Schmitt quali sono le cause della crisi della sovranità statale, minacciata all'esterno dal diritto internazionale economico ed erosa, al suo interno, dall'affermarsi della società civile pluralistica. « Nell'un caso come nell'altro », infatti, « il motivo dominante dell'argomentazione schmittiana è lo stesso: è la società civile, la sfera economica, il regno del privato, a portare con sé la minaccia di dissoluzione di un ordine globale che coincide con lo Stato o con il sistema di Stati » (160).

Rileggendo le vicende del moderno sistema interstatale, dunque, la teoria schmittiana mantiene una straordinaria freschezza ed

(159) Prendendo in esame le guerre scoppiate tra il 1648 ed il 1814, l'età dell'oro delle compagnie commerciali e delle prassi mercantilistiche, non è superfluo notare che, su 58 conflitti 'maggiori', almeno 28 erano quelli originati da controversie commerciali o frutto della competizione coloniale, in tal senso K. J. HOLSTI, *Peace and War: Armed Conflicts and International Order 1648-1989*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 46-54 e pp. 83-92.

(160) Cfr. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum*, cit., pp. 187-188.

un'insuperata capacità di scandagliare le interazioni tra archetipi politici, modelli giuridici e sistemi economici. Senza per questo voler cadere in pericolosi anacronismi, certo è che risulta difficile resistere alla tentazione di cogliere nel *nomos* degli spazi oceanici una prefigurazione — Schmitt lo avverte perfettamente anche se forse non lo esplicita pienamente — dell'immagine odierna della *global law*: ovvero di un ordinamento fortemente 'destrutturato', prodotto dai mercati e dalle prassi degli operatori giuridici, molto più che dalla legislazione statale. In tal senso la riflessione schmittiana può essere un importante punto di partenza per ripensare il legame tra *global law* e l'ordine nato dal disfacimento dello *jus publicum Europaeum*. Un ordine in cui l'equilibrio tra terra e mare appare definitivamente compromesso e le acque sembrano sommergere una volta per tutta la *justissima tellus*.

7. Translatio imperii.

Tenendo sullo sfondo la suggestiva immagine di un diritto globale epigono del diritto dei mari, occorre soffermarsi sul fatto che, se l'Ottocento si chiudeva all'ombra della *Pax Britannica*, il Novecento sin dall'inizio palesava la propria vocazione a divenire *the American Century*.

Il diciannovesimo secolo, che si era aperto con la vittoria di Trafalgar, non aveva mai contestato all'Inghilterra, al vertice di un impero disperso in tutto il globo, il titolo di 'regina dei mari'. « *Of Europe, not in Europe* »⁽¹⁶¹⁾, nelle parole di Schmitt l'isola di San Giorgio, ormai « deterrestrizzata », era una nave in procinto di prendere il largo verso le immensità degli oceani⁽¹⁶²⁾. Ma i campi di battaglia della prima Guerra Mondiale, conflitto 'tellurico' *par excellence*, furono un brusco risveglio per un'Inghilterra infatuata del proprio ambiguo isolazionismo ed inebriata dalla propria vocazione marittima.

Non è il caso di passare in rassegna le cause della decadenza dell'Impero britannico, né tanto meno di tracciare analiticamente il percorso che ha portato gli Stati Uniti ad abbracciare una visione

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., p. 209.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., pp. 97-98.

‘oceanica’, abbandonando quella prospettiva tellurica che, nel corso dell’Ottocento, aveva spinto sempre più ad Ovest i confini della giovane repubblica nordamericana. Piuttosto, è opportuno segnalare, sulla scorta delle osservazioni di Schmitt, che nel momento in cui i politici di Washington volgevano lo sguardo verso le distese marine, si trovarono clamorosamente privi del *logos* e della *tekne* necessari per gestire questi spazi. La dottrina Monroe, con cui Washington fin dal 1823 aveva tentato di porre l’America intera sotto la propria tutela, aveva adottato una prospettiva ‘continentale’, difensiva, rappresentando « di fronte alle potenze della vecchia Europa la protesta contro ogni ulteriore occupazione del suolo americano » (163). Al contempo, la dottrina Monroe aveva prudentemente lasciato impregiudicata la questione degli spazi marini, riconoscendo in maniera implicita il principio tradizionale della *freedom of the seas*. La giovane repubblica statunitense, pur dimostrando una notevole aggressività — già nel 1801 la sua marina era stata impegnata nel Mediterraneo contro i pirati barbareschi — non aveva né un adeguato potere navale, né una visione strategica in grado di sfidare la talassocrazia britannica. Ma quando, nell’ultimo decennio dell’Ottocento, gli Stati Uniti acquisirono piena coscienza del proprio ruolo internazionale, divenne impellente dotarsi di una efficace visione spaziale e di una altrettanto adeguata dottrina del potere navale.

La questione ‘tecnica’ trovò una precoce soluzione grazie ad Alfred Thayer Mahan, « the evangelist of sea-power » (164). Con il progressivo sfaldarsi della supremazia della *Royal Navy*, già percepibile alla fine dell’Ottocento, la dottrina navale britannica ‘classica’, basata tanto sul dogma della sacralità del commercio oceanico

(163) Cfr. SCHMITT, *Cambio di struttura del diritto internazionale*, in Id., *L’unità del mondo e altri saggi*, cit., ed in particolare p. 280. Cfr. poi il testo della Dichiarazione del Presidente Monroe in GREWE, *Fontes historiae iuris gentium*, cit., vol. III-1, pp. 212-214. In merito alla dottrina Monroe anche *infra*, p. 448 ss.

(164) Cfr. P. A. CROWL, *Alfred Thayer Mahan: The Naval Historian*, in P. PARET (ed.), *Makers of Modern Strategy*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 444-477, trad. it. *Alfred Thayer Mahan: lo storico navale*, in *Guerra e strategia nell’età contemporanea*, Genova, Marietti, 1992, pp. 155-186. Sul concetto di potere navale e sulle sue differenti declinazioni, cfr. C. JEAN, *Guerra, strategia e sicurezza*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 138-145.

quanto sull'efficacia delle artiglierie dei vascelli di linea, infatti, aveva trovato un entusiasta sostenitore al di là dell'Atlantico nel contrammiraglio Mahan. Araldo della talassocrazia statunitense e *maitre a penser* della 'geopolitica navalista' ⁽¹⁶⁵⁾, Mahan seppe esercitare con il suo *The Influence of Sea Power Upon History, 1660-1793* (1890) e con il successivo *The Influence of Sea Power Upon the French Revolution and Empire, 1793-1812* (1892) una straordinaria influenza tanto sui circoli politici di Washington che sui corsi di strategia navale del *Naval War College* di Newport, destinato a precorrere la pratica tutta statunitense dei *think-tanks* ⁽¹⁶⁶⁾. Del resto, a confinare Mahan all'interno degli studi strategici e geopolitici, si rischia di sottostimarne il ruolo politico e culturale: Mahan fu autore di oltre venti monografie e nel 1902 divenne presidente dell'*American Historical Association*. Durante la guerra del 1898, come membro dell'influente *Naval War Board*, era stato consulente del Presidente McKinley, mentre nel 1899 aveva poi preso parte alla Conferenza dell'Aia come *advisor* della delegazione statunitense. Sotto l'amministrazione Roosevelt, infine, fu chiamato a riorganizzare il *Navy Department*.

Sea power, questa era la chiave della supremazia secondo Mahan. La ricetta era perfino banale nella sua semplicità: da un lato una potente flotta mercantile sostenuta dalle bocche da fuoco della marina da guerra, dall'altra un esercizio del potere marittimo diretto a bloccare le rotte commerciali degli avversari, e — per usare un'espressione cara a Mahan — a scacciarne le bandiere dal mare. Il dominio sulle *sea-lanes* doveva in primo luogo concretiz-

⁽¹⁶⁵⁾ In relazione al contributo di Mahan all'evoluzione della geopolitica 'navalista' cfr. V. E. PARSİ, *Intorno alla geopolitica*, in «Quaderni di scienza politica», 2, 1995, 3, pp. 495-510 e PORTINARO, *Nel tramonto dell'Occidente*, cit., pp. 11-13.

⁽¹⁶⁶⁾ Per una convincente ricostruzione del pensiero mahaniano cfr. J. TETSURO SUMIDA, *Inventing Grand Strategy and Teaching Command. The Classic Works of Alfred Thayer Mahan Reconsidered*, Baltimore (Md.), John Hopkins University Press, 1997. In merito al pensiero di Mahan cfr. poi anche P. A. CROWL, *Alfred Thayer Mahan: lo storico navale*, in PARET (a cura di), *Guerra e strategia nell'età contemporanea*, cit. Prima ancora che negli Stati Uniti, Mahan riscosse un plauso generalizzato in Gran Bretagna, dove fu ricevuto dalla Regina Vittoria. Le sue opere furono presto oggetto di traduzione: in Germania nel 1898 appariva *Der Einfluss der Seemacht auf die Geschichte*, mentre già nel 1897 era stata data alle stampe l'edizione giapponese di *The Influence of Sea Power*.

zarsi nel controllo delle vie di accesso alle *blue waters* — il mare aperto — da attuarsi, osservava da buon realista Mahan, con ogni strumento, da quelli messi a disposizione dal diritto internazionale a quelli assai meno pacifici della panoplia navale ⁽¹⁶⁷⁾.

In realtà, l'importanza del pensiero mahaniano non si misura nei precetti di strategia navale generosamente elargiti dalla sua prosa non sempre misurata. Si trattava di principi già conosciuti e devotamente praticati dai Lords dell'Ammiragliato per lo meno un secolo prima ⁽¹⁶⁸⁾. Piuttosto rileva la capacità di Mahan di concettualizzare le componenti del potere navale, di fissarne con lucidità i lineamenti fondamentali. Il paragone con Clausewitz è fin troppo facile, anche se l'autore del *Vom Kriege* non potè certo godere in vita della fama che invece accompagnò Mahan: la fortuna delle tesi mahaniane, lo si è detto, si misurava nella capacità di offrire al potere politico un insostituibile *vademecum* per gestire il *sea power*. Del resto Mahan, in modo ancor più radicale di Clausewitz, interpretava la guerra come un fatto esclusivamente politico ⁽¹⁶⁹⁾. La *Navy*, prima di essere una vitale componente della difesa nazionale, era infatti un duttile strumento di pressione politica. Come ha suggerito Hedley Bull, rileggendo Mahan in un brillante articolo apparso sulle pagine degli *Adelphi Papers*, il potere navale si presta a numerose 'applicazioni' politiche: « by supporting friends and clients, by coercing enemies, by neutralizing similar activities by other naval powers », perfino « by exerting a more diffuse influence in politically ambiguous situations in which even one's own objectives may be uncertain », o più semplicemente « by advertising one's sea power or 'showing the flag' » ⁽¹⁷⁰⁾.

Le tesi di Mahan ebbero l'effetto di una doccia fredda sugli Stati Uniti fino ad allora magnetizzati dalla conquista del *Wild West*

⁽¹⁶⁷⁾ Sul peso delle tesi mahaniane nel dibattito giusinternazionalistico cfr. MANNONI, *Potenza e ragione*, cit., pp. 183-187.

⁽¹⁶⁸⁾ *Supra*, p. 417 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ In realtà, mentre Mahan aveva avuto modo di soffermarsi lungamente sul *Précis de l'art de la guerre* di Antoine-Henri de Jomini, l'incontro con Clausewitz è successivo alla pubblicazione del suo celebre *The Influence of Sea Power*. Cfr. TETSURO SUMIDA, *Inventing Grand Strategy and Teaching Command*, cit., pp. 113-114.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. H. BULL, *Sea Power and Political Influence*, in « *Adelphi Papers* », 122, 1976, pp. 1-9, ed in particolare p. 6.

o, al più, orientati a costituire uno spazio politico continentale in conformità alla dottrina Monroe ⁽¹⁷¹⁾. Anzi, proprio a partire da Mahan questa dottrina si trasformò — ha rilevato Carlo Jean — «nella teoria della difesa emisferica e nella valorizzazione delle possibilità offerte dalla potenza navale americana per l'espansione commerciale degli Stati Uniti» ⁽¹⁷²⁾.

La 'rivoluzione mahaniana', dunque, non va in alcun modo sottovalutata, segnando il definitivo abbandono della politica 'continentale' praticata fino ad allora dagli Stati Uniti. Nel 1898, poi, il conflitto con la Spagna combattuto essenzialmente sul mare sembrò confermare le tesi mahaniane. Ma a decretare la definitiva fortuna delle teorie di Mahan fu il Presidente Theodore Roosevelt — già attento studioso di politica navale —, che fu un entusiastico sostenitore dello sviluppo della *Navy* statunitense, divenuta, al termine del suo mandato, la seconda marina mondiale per tonnellaggio e numero di navi ⁽¹⁷³⁾. Gli scritti di Mahan hanno così segnato il passaggio degli Stati Uniti da un'esistenza terrestre, fondata sull'assioma dell'occupazione di terra, ad una marina. Grazie a questi scritti, dunque, gli Stati Uniti presero coscienza della propria vocazione marittima iscritta nei geni della *Kultur* anglo-sassone — e Mahan sarà un grande fautore dell'asse Londra-Washington — e concepirono il mare come la dimensione privilegiata attraverso cui proiettare globalmente la propria potenza.

L'atteggiamento di Schmitt è tutt'altro che univoco: in *Land und Meer* non ha mancato di confrontarsi con la dottrina mahaniana, ben conosciuta in Germania anche al di fuori degli ambienti della *Kriegsmarine*, mentre nel più tardo *Nomos der Erde* tale riferimento è, al più, implicito. Di Mahan, Schmitt ha elogiato la lucida caratterizzazione della *Seemacht* anglosassone, nonché la

⁽¹⁷¹⁾ *Infra*, p. 450 ss.

⁽¹⁷²⁾ Cfr. JEAN, *Guerra, strategia e sicurezza*, cit., p. 139.

⁽¹⁷³⁾ La portata di questa 'rivoluzione geopolitica' è testimoniata dal fatto che la *Navy*, negli anni successivi alla Guerra Civile, poteva contare su appena 9631 uomini. In merito a Mahan interprete delle aspirazioni di rivincita di ambienti ben determinati delle burocrazie militari, cfr. P. A. CROWL, *Alfred Thayer Mahan: lo storico navale*, in PARET (a cura di), *Guerra e strategia nell'età contemporanea*, cit., pp. 175-182. In merito ai rapporti tra Roosevelt e Mahan si veda poi R. W. TURK, *The Ambiguous Relationship, Theodore Roosevelt and Alfred Thayer Mahan*, New York, Greenwood, 1987.

robustezza della sua visione geopolitica. Eppure, osserva Schmitt, l'ammiraglio statunitense « non vedeva che il sovvertimento prodotto dall'industria andava a toccare proprio il punto essenziale, ossia il rapporto elementare dell'uomo con il mare » (174). Si è trattato di un giudizio senza dubbio frettoloso: le pagine che Schmitt ha dedicato a quella che ha definito l'Età del fuoco, l'imminente epoca del trionfo della macchina sull'uomo, sono tra le più suggestive di *Land und Meer*, se non altro per il loro vigore epico, ma con tutta probabilità non sono tra le più felici (175).

« La rivoluzione industriale », ha osservato Schmitt, « trasformò i figli del mare nati direttamente dall'elemento marino in costruttori di macchine e manovratori di macchine » (176). Si può replicare che la tecnica ha forse sovvertito il rapporto — per dirla ancora con Schmitt — tra il pesce-balena ed il pescatore armato di arpione. Certo, non ha alterato l'immagine del mare come luogo dove la politica di potenza può liberamente esprimersi, manifestarsi in una pluralità di forme fino a divenire essa stessa *Ordnung*. Ma già nel *Nomos der Erde* la critica alle tesi mahaniane è sopita. Anzi, proprio dal mare, o meglio dall'occupazione del mare, veniva fatto emergere il nuovo *ordo* che decretava il tracollo definitivo dello *jus publicum Europaeum*.

Era un *ordo* consacrato dall'ennesima 'linea globale', tracciata a poco più di un mese dallo scoppio dell'ultimo conflitto mondiale: il 3 ottobre 1939, alla conferenza panamericana convocata a Panama sotto gli auspici di un altro Roosevelt, Franklyn Delano, venne disposta a salvaguardia dalle operazioni belliche in atto la neutralizzazione delle acque del c.d. *Western Hemisphere*, predisponendo una *safety belt* passante a trecento miglia dalle coste americane. In sostanza Roosevelt aveva proposto una proiezione

(174) Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 104.

(175) Ivi, p. 108. Per ricostruire il ruolo di Mahan nello sviluppo della teoria schmittiana, si veda anche C. SCHMITT, *Beschleuniger wider Willen oder: Die Problematik der westlichen Hemisphäre*, in « Das Reich », 1941-1942, trad. it. *La lotta per i grandi spazi e l'illusione americana*, in « Lo Stato », 12, 1942, poi in ID., *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 261-269.

(176) Cfr. SCHMITT, *Terra e mare*, cit., p. 102.

delle acque territoriali ben oltre i limiti sanciti dalla consuetudine e dai trattati internazionali ⁽¹⁷⁷⁾.

Si trattava di una linea globale che, fondata su di una vera e propria *Seenahme*, ancora una volta assumeva un valore ulteriore a quello meramente spaziale, replicando le coppie dicotomiche anomia/conflitto da una parte, diritto/pace dall'altra. Allo stesso tempo, però, la linea tracciata a Panama aveva una portata assolutamente innovativa: se le *rayas* avevano avuto una valenza distributiva e le *amity lines* erano invece legate ad una dimensione agonale, la *safety belt* voluta da Roosevelt era invece la 'linea dell'autoisolamento' ⁽¹⁷⁸⁾. Come ha osservato con lucidità Schmitt « la linea globale che viene tracciata qui è dunque una sorta di linea di quarantena, di cordone sanitario che divide una regione contaminata da una sana » ⁽¹⁷⁹⁾. Ma soprattutto, ha suggerito ancora Schmitt, è una partizione che poggia su salde basi ideologiche, quelle dell'irriducibile unicità degli Stati Uniti come luogo della giustizia e della pace. Si tratta di una sorta di 'religione civile' che ha le sue radici nel senso di predestinazione proprio del calvinismo professato dai Padri Pellegrini. Un sentimento rinnovato e rinvigorito dalle aspettative dei milioni di europei che, in fuga dal Vecchio Continente, sono approdati negli Stati Uniti « per iniziarvi una nuova vita in condizioni verginali » ⁽¹⁸⁰⁾.

Nel soppesare questo passo, in cui viene scandagliata la peculiare matrice religiosa dell'esperienza giuridica e politica statunitense, è appena il caso di segnalare il debito che Schmitt mostra di avere con la teoria weberiana. Piuttosto, occorre rilevare come alla luce della filosofia della storia schmittiana, la Dichiarazione di Panama è stata solo l'ultima tappa di un percorso attraverso cui gli Stati Uniti hanno progressivamente preso coscienza della questione spaziale. Si è trattato di un lungo processo che con una certa approssimazione può essere articolato in tre fasi: la prima è stata segnata dall'isolazionismo imposto dalla dottrina Monroe. La se-

⁽¹⁷⁷⁾ Erano naturalmente escluse le zone marittime prospicienti le coste del Canada, parte belligerante nel conflitto.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. SCHMITT, *Cambio di struttura del diritto internazionale*, in Id., *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., p. 281.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 381.

⁽¹⁸⁰⁾ Ivi, p. 383.

conda è stata invece improntata all'interventismo wilsoniano. Infine, la terza fase è stata caratterizzata dalla formalizzazione della nozione di *Western Hemisphere*.

Quella vocazione alla specificità che la Conferenza di Panama aveva definitivamente consacrato, in realtà, aveva già avuto importanti testimonianze: George Washington, nella sua lettera di comiato dalla Presidenza dell'Unione, aveva messo in guardia i cittadini statunitensi dal farsi coinvolgere nella trama delle politiche del Vecchio Continente⁽¹⁸¹⁾. Ma già Alexander Hamilton, nei suoi celebrati *Federalists Papers*, non aveva esitato ad opporre America ed Europa, Nuovo e Vecchio Mondo, concludendo il suo undicesimo *Paper*, datato 24 novembre 1787 ed emblematicamente intitolato *The Utility of the Union in Respect to Commercial Relations and a Navy*, con un accorato appello: « Let the thirteen States, bound together in a strict and indissoluble Union, concur in erecting one great American system, superior to the control of all transatlantic force or influence, and able to dictate the terms of the connection between the old and the new world! »⁽¹⁸²⁾.

Alcuni decenni più tardi, Thomas Jefferson non sarebbe stato meno radicale nel momento in cui preconizzava: « Non è lontano il giorno in cui noi esigeremo formalmente che nell'oceano vi sia un meridiano che separi i due emisferi, al di qua del quale nessun Europeo potrà mai sparare un colpo, così come nessun Americano potrà farlo al di là di esso »⁽¹⁸³⁾.

⁽¹⁸¹⁾ « Europe has a set of primary interests, which to us have none, or a very remote relation. Hence she must be engaged in frequent controversies, the causes of which are essentially foreign to our concerns. Hence, therefore, it must be unwise in us to implicate ourselves, by artificial ties, in the ordinary vicissitudes of her politics, or the ordinary combinations and collisions of her friendships or enmities ». Cfr. J. C. Fitzpatrick (ed.), *The Writings of George Washington from the original manuscript sources, 1745-1799*, vol. XXXV, U.S. Government, Washington D.C., 1931-1944, p. 214. Il testo del celebre *farewell address* del 17 settembre 1796 è poi consultabile anche in linea all'indirizzo <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/washing.htm>.

⁽¹⁸²⁾ Il testo integrale di A. HAMILTON, *The Federalists Papers. Paper no 11, The Utility of the Union in Respect to Commercial Relations and a Navy*, è consultabile all'URL <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/federal/fed11.htm>

⁽¹⁸³⁾ Cfr. T. JEFFERSON, *Thomas Jefferson to William Short, 1820*, in Id., *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. XV, Washington D. C., Thomas Jefferson Memorial Association, 1905, p. 262. Uno stralcio è consultabile all'indirizzo <http://>

Ma è solo con il Presidente James Monroe che la separazione del continente americano assumeva una precisa formalizzazione sul piano giuridico-politico. Nel messaggio presidenziale al Congresso del 2 dicembre 1823 ne erano delineati i punti salienti: in prima battuta si rivendicava l'esistenza di uno spazio politico, l'emisfero occidentale, libero ed indipendente da ogni influenza europea. Fin qui nulla di nuovo rispetto a quella che era un'opinione diffusa nei circoli politici di Washington. Ma Monroe andava ben oltre, riservando agli Stati Uniti il diritto/dovere di tutelare la libertà esistente nelle Americhe dalle intromissioni europee. E lo faceva invocando il principio più sacrosanto dello *jus publicum Europaeum*, il diritto all'autodifesa. Preoccupato delle potenziali ingerenze del Vecchio Continente, il quinto Presidente degli Stati Uniti sottolineava infatti che « we should consider any attempt on their part to extend their system to any portion of this hemisphere as dangerous to our peace and safety »⁽¹⁸⁴⁾.

È forse eccessivo parlare di entusiastica ammirazione da parte di Schmitt nei confronti della *Monroe Doctrine*, ma certo tale dottrina ha un peso decisivo nella determinazione del concetto di *Grossraum*. « La dottrina americana di Monroe », ha riconosciuto Schmitt, « costituisce nella recente storia del diritto delle genti il primo e finora più fortunato esempio di un principio spaziale dell'ordinamento internazionale »⁽¹⁸⁵⁾. La dichiarazione del presidente Monroe fondava un 'grande spazio' impermeabile all'esterno, ma sottoposto al suo interno ad un diritto di intervento limitato da parte degli Stati Uniti. E questo in assoluta conformità al 'principio costituzionale' di ogni *Grossraum*, per cui la potenza egemone — ha puntualizzato Cumin — « veille à l'intégrité et à l'indépendance des États sur la base de leur homogénéité politique »⁽¹⁸⁶⁾.

eext.lib.virginia.edu/jefferson/quotations/jeff1400.htm. Il passo, giustamente famoso, è ripreso in SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 378.

⁽¹⁸⁴⁾ La citazione è riportata in GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., p. 460. Una più ampia porzione del messaggio presidenziale è disponibile all'indirizzo <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/monroe.htm>.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. SCHMITT, *Il concetto di Impero nel diritto internazionale*, p. 13.

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. CUMIN, *Thalassopolitique*, cit. e ancora sul *Grossraum* instaurato dalla *Monroe Doctrine*, *supra*, p. 385 ss. Vale la pena sottolineare che proprio negli anni Trenta del secolo scorso la formula della dottrina Monroe aveva avuto diversi tentativi di replica. È lo stesso Schmitt a ricordare come da parte nipponica si fosse giustificato

Si può sostenere che nell'infatuazione per i precoci successi della politica estera statunitense, Schmitt abbia sottovalutato un fatto essenziale: ovvero che la dottrina Monroe più che una dichiarazione di orgoglioso isolazionismo, sia stata il frutto di delicate negoziazioni con la Gran Bretagna. In tal senso il *Grossraum* statunitense non sarebbe altro che uno dei contrappesi che regolavano quella *balance of power*, accuratamente ricercata dalle Cancellerie europee. In effetti, come ha lucidamente sottolineato Walter Russell Mead, al termine delle guerre napoleoniche la situazione nell'America Latina era, per usare un eufemismo, fluida. Nessuna sorpresa che un tale contesto politico favorisse gli appetiti di vecchi e nuovi legittimismi dinastici. Era, questa, una prospettiva del tutto inaccettabile per la giovane repubblica statunitense, che mancava però di strumenti politici e militari in grado di impedire nuove iniziative coloniali. D'altra parte Londra, tesa alla salvaguardia delle proprie rotte, aveva tutto l'interesse a non ripetere gli errori della guerra del 1812, in cui si era disastrosamente trovata isolata a combattere su due fronti, quello europeo e quello americano. E con buona dose di realismo preferiva ad ogni altra possibile opzione uno spazio 'neutralizzato', ma di fatto sottoposto alla tutela degli Stati Uniti gravitanti pur sempre nell'orbita inglese ⁽¹⁸⁷⁾.

Al di là della valenza più o meno centripeta della dottrina Monroe, ciò che nella prima metà del diciannovesimo secolo appariva una virtuosa dichiarazione di principio, nella metà successiva sarebbe divenuto il cardine di un'aggressiva *power politics* ⁽¹⁸⁸⁾. Fu la stessa Gran Bretagna a farne più volte le spese: nel 1895, ad esempio, l'amministrazione Cleveland non aveva esitato a minacciare l'uso della forza schierandosi a fianco della Repubblica

l'intervento in Manciuria invocando una *Monroe Doctrine* giapponese. Ma già all'indomani della Prima Guerra mondiale il Primo Ministro William Morris Hughes aveva invocato per la giovane federazione australiana una propria dottrina Monroe. Cfr. SCHMITT, *Il concetto di Impero nel diritto internazionale*, cit., pp. 18-22, in relazione poi ad una "dottrina monroe britannica", cfr. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., p. 587.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. W. R. MEAD, *Special Providence: American Foreign Policy and how It Changed the World*, New York, Knopf, 1999, pp. 199-204.

⁽¹⁸⁸⁾ In merito all'evoluzione della Dottrina Monroe si veda MANNONI, *Potenza e ragione*, cit., pp. 125-129.

Venezuelana nella controversia che l'opponessa a Londra sull'esatta determinazione del confine con la Guyana Britannica. L'intervento statunitense — a Washington c'era già chi parlava di marciare su Ottawa — fu decisivo nel far accettare a Londra un arbitrato internazionale sulla disputa, che altro non era se non quanto Caracas aveva richiesto fin dal 1877. Nel 1901, poi, Theodore Roosevelt, portando a termine un progetto elaborato già nel 1881 da un convinto sostenitore del panamericanismo quale James Baine — Segretario di Stato durante la presidenza di James Garfield —, aveva vittoriosamente imposto alla Gran Bretagna l'esclusivo controllo statunitense su quello che di lì a pochi anni sarebbe divenuto uno degli snodi strategici delle comunicazioni marittime internazionali: l'istmo di Panama ⁽¹⁸⁹⁾.

Accantonando la questione dell'effettiva portata della dottrina Monroe — tra l'altro non vi era alcuna intenzione di mettere in discussione gli assetti coloniali sussistenti, né si diceva nulla in merito alle relazioni tra le due sponde del Pacifico —, quello che davvero rilevava sul piano 'geo-giuridico' era il superamento del concetto di sovranità statale. Si era formato, secondo quanto suggerisce Schmitt, « uno spazio che va largamente oltre il territorio statale, un grande spazio nel senso giuridico-internazionale del termine » ⁽¹⁹⁰⁾. La dottrina Monroe alludeva dunque al concetto di *Grossraum*, ad un sistema di sovranità sovrapposte, ad un 'ordine plurale' formato da differenti nazionalità — omogenee sotto il profilo politico — organizzate in funzione di un *Ordnungsprinzip* rappresentato, appunto, dall'egemonia statunitense.

Ma, a partire dagli inizi del secolo scorso, ha osservato Schmitt, quella che era una « netta consapevolezza politico-spaziale », dotata « di una reale capacità ordinativa, nella forma dell'autoisolamento

⁽¹⁸⁹⁾ Nel 1850 Londra e Washington, in totale conformità allo spirito della dottrina Monroe, avevano negoziato un accordo — il c.d. *Clayton-Bulwer Treaty* dal nome dei diplomatici coinvolti — in base al quale le parti si erano impegnate a non intraprendere iniziative coloniali nel Centroamerica. Inoltre si era previsto che qualsiasi attività diretta ad aprire un canale tra Atlantico e Pacifico, avrebbe dovuto essere concertata tra le parti contraenti. Questo trattato venne abrogato nel 1901 dall'accordo *Hay-Pauncefote*, che di fatto rappresentò il primo passo verso l'affermazione del controllo esclusivo statunitense sul Canale di Panama.

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 369.

del continente americano rispetto al vecchio mondo », subì una « drastica metamorfosi » (191). Gli Stati Uniti, infatti, a partire da Theodore Roosevelt adottarono una politica esplicitamente imperialista. Si trattava di un imperialismo, però, che non si accontentava di riprodurre quelle politiche coloniali così ben consolidate nelle prassi delle potenze del Concerto. Al contrario, non esitava a cercare nuove strade, ad assumere nuove morfologie.

La questione è complessa e non è il caso di tentare una ricostruzione analitica della polemica anti-americana sostenuta con vigore da Schmitt. Tanto più che il percorso schmittiano è estremamente frastagliato e, soprattutto nei testi anteriori alla fine dell'ultima Guerra Mondiale, tutt'altro che scevro di inflessioni ideologiche. Vale però la pena rilevare come anche l'ascesa degli Stati Uniti al rango di *global power*, sia ricondotta da Schmitt all'eterna dialettica tra terra e mare. Secondo i parametri della filosofia della storia schmittiana, infatti, la potenza statunitense che agli albori del secolo scorso si stava affacciando sulla ribalta internazionale, portava su di sé le stigmate del Leviatano, i segni indelebili dell'ordine 'liquido' dei mari. Il primato dell'economia sulla politica, l'*indirect rule* eletta ad archetipo egemonico, una 'deterritorializzazione' degli spazi cui corrisponde un universalismo giuridico e politico, questi erano per Schmitt i tratti fondamentali dell'*imperium* statunitense.

Il primato dell'economia era riassunto da Schmitt nella massima « commercio quanto più possibile e politica quanto meno possibile » (192). Si trattava di un assioma che trascendeva la dimensione propriamente economico-capitalistica. Piuttosto, il primato dell'economia alludeva ad una concezione 'acquea' degli spazi giuridici e politici, percepibile tanto nella riluttanza degli Stati Uniti a 'costituzionalizzare' il diritto internazionale, quanto nella loro propensione a considerare l'ordinamento giuridico internazionale non come *Völkerrecht* politico, ma come *internationales Recht* economico (193). Questa concezione 'liquida', infine, era ravvisabile nell'evanescente presenza statunitense nei consessi internazionali, la

(191) Cfr. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 869.

(192) Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 328.

(193) *Supra*, p. 434 ss.

Società delle Nazioni in primo luogo, a cui corrispondeva però l'esercizio di forme pervasive di *indirect rule* ⁽¹⁹⁴⁾.

La vicenda è fin troppo nota: nonostante che il Presidente Wilson fosse stato il grande promotore del consesso ginevrino, gli Stati Uniti non avevano aderito alla *League of Nations*, rifiutando perfino di prendere parte alla Corte Permanente di Giustizia. Ufficialmente Washington si teneva distante da Ginevra, ma tale assenza, come Schmitt non manca di far rilevare, celava una presenza forte, invasiva. Alla Società delle Nazioni avevano aderito Stati, in realtà, dotati di una sovranità molto limitata: Cuba, Haiti, Santo Domingo, Panama e Nicaragua. Satelliti di un sistema economico e politico fortemente accentrato, queste giovani e gracili Repubbliche gravitavano nel *Grosraum* statunitense instaurato dalla dottrina Monroe ⁽¹⁹⁵⁾.

Si trattava di una dipendenza sanzionata da trattati bilaterali, quali quello tra Stati Uniti e Cuba del 22 maggio 1903 o quello tra Stati Uniti e Panama del 18 novembre 1903, che imponevano riduzioni davvero drastiche delle prerogative sovrane degli Stati centroamericani. L'accordo tra Washington e L'Havana, ad esempio, recependo *in toto* il c.d Emendamento Platt — fortemente voluto dal *Secretary of War* Elihu Root ed approvato dal Congresso il 2 marzo 1901 — all'art. 3 statuiva:

« That the government of Cuba consents that the United States may exercise the right to intervene for the preservation of Cuban independence, the maintenance of a government adequate for the protection of life, property, and individual liberty, and for discharging the obligations with respect to Cuba imposed by the

⁽¹⁹⁴⁾ In relazione all'interpretazione offerta da Schmitt delle vicende della Società delle Nazioni si può vedere oltre a SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 306-334, il sintetico ma brillante ID., *Völkerrechtliche Neutralität und völkische Totalität*, in « Monatshefte für Auswärtige Politik », 5, 1938, pp. 613-618, trad. it., *Stato totalitario e neutralità internazionale*, in « Lo Stato », 9, 1938, pp. 605-612, poi in ID., *L'unità del mondo ed altri saggi*, cit., pp. 187-194, ed anche ID., *Inter pacem et bellum nihil medium*, in « Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht », 6, 1939, pp. 594-595, trad. it. in « Lo Stato », 10, 1939, pp. 541-548, poi in ID., *L'unità del mondo ed altri saggi*, cit., pp. 195-201, ed in particolare pp. 198-201. Infine cfr. ID., *Cambio di struttura del diritto internazionale*, in ID., *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 271-301.

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 323.

treaty of Paris on the United States, now to be assumed and undertaken by the government of Cuba » (196).

La sovranità, dunque, era ridotta ad un guscio vuoto, ad una mera categoria formale. Secondo questo modello egemonico lo Stato 'dominante' manteneva uno *ius interventionis* che salvaguardava l'integrità territoriale del satellite, ma al contempo privava la sovranità di ogni significato giuridico e politico. Si tutelavano i confini fisici, « non già il contenuto sociale ed economico della stessa integrità, ovvero la sua sostanza » (197). D'altra parte, sottolineava non senza una punta di malizia Schmitt, il diritto di intervento esercitato dall'*hegemonic power* era inglobato nell'ordinamento internazionale tramite accordi e convenzioni « in modo tale che risulta possibile affermare che da un punto di vista puramente giuridico non si è più in presenza di un intervento » (198).

Il fatto che a Ginevra sedessero accanto agli Stati muniti del crisma della piena sovranità, soggetti politici inglobati nel *Grossraum* statunitense, permetteva dunque a Washington, già pienamente in grado di esercitare dall'esterno un'influenza 'diretta', di giovare di un'analogia influenza, ancorché 'indiretta', dall'interno della Società (199).

« Of Europe, not in Europe », si diceva dell'Inghilterra ottocentesca (200). Era una lezione che evidentemente aveva trovato allievi scrupolosi nel Dipartimento di Stato. L'«isola maggiore»,

(196) Cfr. C. I. Bevans (ed.), *The Platt Amendment*, in Id., *Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949*, vol. 8, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1971, pp. 1116-17. Il testo è consultabile in linea all'indirizzo <http://www.fordham.edu/halsall/mod/1901platt.html>. È verosimile pensare che Schmitt avesse sotto gli occhi proprio il testo dell'accordo negoziato tra Cuba e gli Stati Uniti, allorché nel *Nomos der Erde* esaminava i tratti dell'egemonia statunitense, cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 324.

(197) Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 325.

(198) Ivi, p. 324.

(199) In relazione alla lucida ricostruzione di Schmitt ivi, pp. 325-327. È appena il caso di ricordare come la tematizzazione dell'*indirect rule* statunitense fosse già presente in uno dei primi testi 'internazionalistici' di Schmitt, cfr. in tal senso Id., *Der Volkerbund und Europa*, in « Hochland », 26, 1928, pp. 345-354, poi in *Positionen und Begriffe*, cit., pp. 88-97. Sugli esordi dello Schmitt studioso del diritto internazionale cfr. CAMPI, *Introduzione*, in SCHMITT, *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., pp. 13-15.

(200) Sul significato di questa espressione *supra*, p. 442 ss.

prima ancora di esercitare questa sorta di fluido *indirect rule* sulla Società delle Nazioni, aveva infatti avuto cura che le fosse garantito uno spazio refrattario ad ogni ingerenza esterna. In tal senso la dottrina Monroe aveva trovato espresso riconoscimento nell'art. 21 dello statuto dell'organizzazione ginevrina, ricorrendo all'espediente dell'*entente régionale*. L'art. 21 del *Covenant* statuiva infatti che « nothing in this Covenant shall be deemed to affect the validity of international engagements, such as treaties of arbitration or regional understandings like the Monroe Doctrine, for securing the maintenance of peace ». A tutti gli effetti si era trattato del capolavoro della diplomazia wilsoniana: questo articolo avrebbe dovuto incentivare l'adesione statunitense alla Società delle Nazioni. Ma l'esca non fu sufficiente, e tale norma non fece che consacrare la 'specificità' del *Western Hemisphere*, sottoposto agli *special interests* di Washington ⁽²⁰¹⁾.

A Schmitt non sfugge l'ambiguità 'geo-giuridica' della situazione: al di là dell'Atlantico si era affermato in maniera incontenibile un sistema spaziale autonomo, dotato di uno specifico *Ordnungsprinzip* — rappresentato dalla potenza statunitense — e munito di un proprio *nomos*. Al di qua, invece, si era costituita sotto i più alti auspici un'organizzazione internazionale che si era voluta universalistica, ma che proprio sotto questo profilo falliva miseramente, in virtù del rifiuto statunitense a privarsi del *Grossraum* sanzionato dalla dottrina Monroe. Ma a Schmitt interessa soprattutto sottolineare lo squilibrio politico e giuridico esistente tra le due sponde dell'Atlantico. Quel *balancement* che era stato la misura stessa dello *jus publicum Europeum* era infatti venuto meno: se la Società delle Nazioni era *ab origine* rispettosa delle prerogative dettate dalla dottrina Monroe, la presenza statunitense nel *Palais des Nations* era garantita dalle diciotto delegazioni latino-americane che partecipavano ai lavori della Società delle Nazioni. A Ginevra, conclude Schmitt, si era dunque abbandonata l'idea di qualsiasi possibile equilibrio tra gli emisferi e la diplomazia mondiale si era piegata, una volta per tutte, dinanzi all'emisfero occidentale ⁽²⁰²⁾.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 585-588.

⁽²⁰²⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 326. Per altro, è il caso di annoverare Mahan — come ricorda lo stesso Schmitt — tra i più appassionati fautori

Le tesi schmittiane delineano con precisione le tensioni interne all'ordinamento internazionale sancito a Ginevra. Si trattava di un contesto giuridico e politico caratterizzato da vicende quali quella della 'dottrina Stimson', che non sfugge all'impetosa, ma lucida, analisi di Schmitt. Di fronte all'invasione giapponese della Manciuria meridionale, avvenuta nel settembre del 1931, l'amministrazione Hoover, nella persona dell'influente Segretario di Stato Henry Lewis Stimson, notificava alle parti coinvolte nel conflitto una nota diplomatica, datata 7 gennaio 1932, dal tenore quanto meno esplicito: gli Stati Uniti non avrebbero riconosciuto la legittimità « of any situation *de facto* nor does it intend to recognize any treaty or agreement entered into between those Governments, or agents thereof, which may impair the treaty rights of the United States or its citizens in China, including those which relate to the sovereignty, the independence, or the territorial and administrative integrity of the Republic of China, or to the international policy relative to China, commonly known as the open door policy; and that it does not intend to recognize any situation, treaty or agreement which may be brought about by means contrary to the covenants and obligations of the Pact of Paris of August 27, 1928, to which Treaty both China and Japan, as well as the United States, are parties »⁽²⁰³⁾.

È appena il caso di indugiare sull'esplicito riferimento agli *special interests* come fonte di legittimazione dell'intervento statunitense. E certo non vale la pena attardarsi sui motivi fin troppo noti del fallimento dell'iniziativa diplomatica di Stimson. Alla luce della prospettiva adottata da Schmitt quello che rileva, piuttosto, è l'ambiguità spaziale dell'ordine scaturente dall'Emisfero Occidentale. Durante le complesse iniziative diplomatiche connesse alla proclamazione della *Stimson Doctrine*, infatti, il Dipartimento di Stato aveva giocato la partita su due tavoli contemporaneamente: da

di una 'rilettura' della dottrina Monroe indirizzata ad un maggiore coinvolgimento degli Stati Uniti negli affari europei. Cfr. A. T. MAHAN, *The Interest of America in International Conditions*, Boston, Little & Brown, 1910, citato in SCHMITT, *Cambio di struttura del diritto internazionale*, in Id., *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., p. 298.

⁽²⁰³⁾ Il testo della nota è consultabile all'indirizzo <http://www.unifr.ch/asz/PDF/Stimson%20Doctrine.pdf>. Per un inquadramento storico cfr. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 600-601.

un lato aveva esercitato la sua influenza sulla Società delle Nazioni, che finirono per adottare la dottrina Stimson con la risoluzione dell'11 marzo 1932 ⁽²⁰⁴⁾. Allo stesso tempo, quasi a rimarcare la specificità del *Western Hemisphere*, Washington aveva condotto una frenetica attività diplomatica all'interno della comunità panamericana. Fu così che la dottrina Stimson venne incorporata nella *Inter-American Convention on the Prevention of War, Non-Aggression and Conciliation* — altrimenti nota come Patto Saavedra-Lamas — stipulata a Rio de Janeiro il 10 ottobre 1933 ⁽²⁰⁵⁾. Il giudizio di Schmitt è lapidario: con la dottrina Stimson « gli Stati Uniti avanzavano la pretesa di decidere, al di là della distinzione tra emisfero occidentale ed emisfero orientale, sulla liceità o illecità di ogni mutamento territoriale in tutta la terra » ⁽²⁰⁶⁾.

Erano così poste le basi per il nuovo *nomos* dell'«isola maggiore»: un *nomos* esplicitamente 'oceanico' nella sua tensione universalistica.

I segni della prevalenza della dimensione 'liquida' non mancavano: il diritto di intervento elevato a principio fondamentale dell'ordinamento internazionale, la dottrina degli *special interests* assunta a discriminante giuridica. Questo ordine politico e giuridico non tarderà a sommergere l'antico *ordo* tellurico, leso nel suo principio fondante, la sovranità territoriale.

Ma c'è di più. Quel 'diritto economico', che era emerso all'epoca delle grandi compagnie commerciali, trovava nuova linfa, nuove occasioni di affermazione in questo contesto ambiguamente sospeso tra universalismo ed isolazionismo ⁽²⁰⁷⁾. Se è vero infatti che la separazione tra economia e politica, cardine della strategia statunitense, finiva per ingenerare un « metodo indiretto di in-

⁽²⁰⁴⁾ Ma già a meno di tre settimane dall'invasione nipponica il console statunitense a Ginevra aveva avuto istruzione di stimolare il Segretario Generale, al fine di ottenere dalla Società delle Nazioni un intervento incisivo. Cfr. UNITED STATES DEPT. OF STATE, *Peace and War: United States Foreign Policy, 1931-1941*, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1943, pp. 3-8, poi in www.ibiblio.org/hyperword/Dip/Paw/.

⁽²⁰⁵⁾ Nel 1936 la Conferenza di Buenos Aires, e poi ancora nel 1938 quella di Lima, confermarono questo indirizzo. Cfr. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., p. 601.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 407.

⁽²⁰⁷⁾ *Supra*, p. 434 ss.

fluenza politica», ed un progressivo superamento dei « confini politici territoriali », questo processo era intimamente connesso all'assunzione del *free trade* e del libero mercato come « standard costituzionali del diritto internazionale » (208). E dunque il diritto economico, investito di un'alta missione civilizzatrice, poteva rivendicare il ruolo di vero *Ordnung* delle relazioni internazionali, avventandosi con furore iconoclasta sui principi più consolidati dello *jus publicum Europaeum*.

La riformulazione dell'ordinamento interstatale alla luce del *free trade* è, per Schmitt, un colpo mortale al diritto 'tellurico' consacrato al dio Termine. È il confine territoriale la prima vittima di questa rivoluzione geogiuridica. Come ha suggerito Portinaro, infatti, « l'internazionalizzazione dell'economia e la formazione di un mercato mondiale » agli occhi di Schmitt sono « i presupposti strutturali dell'affermazione di un pensiero giuridico universalistico, che tende ad ignorare sistematicamente il problema degli ordinamenti spaziali concreti », mirando alla formazione di uno « Stato di diritto al servizio della società civile mondiale » (209).

Proprio in questo insistente richiamo al concetto di civiltà c'erano tutte le premesse per la nuova linea globale, tracciata nel 1939 a Panama. Si era trattato dell'ultima tappa di un lungo percorso che aveva portato l'« isola maggiore » a dotarsi di una visione spaziale globale. E questo grazie al fatto che gli Stati Uniti, lo si è visto, possedevano oramai gli strumenti 'tecnici' e le categorie concettuali per dominare questa nuova rivoluzione spaziale (210). Quanto la consapevolezza spaziale raggiunta dall'« isola maggiore » fosse ormai matura, non necessita di ulteriori prove: se la dottrina Monroe non aveva ricompreso le distese marine nel *Grossraum* statunitense, né Washington aveva inteso successivamente mettere in discussione l'assetto dei mari imposto dalla Gran Bretagna, con la Dichiarazione di Panama non si esitava invece a proporre una nuova *Seenahme*, eversiva di ogni principio fino ad allora riconosciuto. Ed è una frattura che poggia sul primato morale del *Western*

(208) Cfr. SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., p. 329.

(209) Cfr. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum*, cit., p. 201.

(210) *Supra*, pp. 443 ss.

Hemisphere, sulla sua pretesa di rifondare il sistema etico e normativo internazionale sulle rovine dello *jus publicum Europaeum*.

In realtà, ha suggerito Schmitt, la dottrina Stimson e la Dichiarazione di Panama non sono altro che due facce della stessa medaglia: è solo apparente la discontinuità concettuale tra una dottrina 'paninterventista' quale quella elaborata dal Segretario di Stato Stimson e le scelte operate dall'Amministrazione Roosevelt, di cui per altro Stimson, pur essendo un convinto repubblicano, fu l'influente *Secretary of War*. «La linea di autoisolamento — ha osservato con rara lucidità Schmitt — si converte proprio nel suo contrario quando la si vuole ergere a linea di squalificazione e discriminazione del resto del mondo» (211). E nel momento in cui l'autoisolamento si converte in una prospettiva interventistica, l'assunzione da parte degli Stati Uniti di una propria superiorità morale diventa la premessa per la criminalizzazione del nemico. Definitivamente tramontata la *guerre en forme* che aveva caratterizzato l'Europa vestfaliana, si manifesta una nuova forma di 'guerra giusta', rivolta ad eliminare il criminale piuttosto che a vincere il nemico. E questo rappresenta la definitiva legittimazione della guerra totale (212).

Crisi della sovranità, prevalenza dell'economia, affermazione dell'universalismo morale e della guerra totale: per Schmitt sono queste le tappe del processo attraverso cui il *nomos* degli oceani finisce per prevalere sulla *justissima tellus*.

L'importanza della linea dell'Emisfero Occidentale è inversamente proporzionale alla sua durata: la neutralizzazione degli spazi americani voluta dal presidente Roosevelt ebbe vita breve. Era infatti imminente il coinvolgimento statunitense nel conflitto in atto sul suolo europeo. Gli spazi 'neutralizzati' nel '39, divennero nel '41 il campo su cui si combatteva la decisiva 'Battaglia dell'Atlantico'. Nel *maelstrom* dell'ultimo conflitto mondiale, la Dichiarazione di Panama rischia dunque di apparire un mero accidente della storia, oggetto dell'erudita attenzione degli storici della diplomazia.

(211) Cfr. SCHMITT, *Cambio di struttura del diritto internazionale*, in Id., *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., p. 287.

(212) Sul concetto di guerra in Schmitt e sulle sue trasformazioni, cfr. E. CASTRUCCI, *La ricerca del nomos*, in SCHMITT, *Il Nomos della terra* cit., pp. 433-443.

Eppure, accogliendo i suggerimenti di Schmitt sulla relazione tra spazio e diritto, occorre tornare a ripensare questa ennesima linea globale. In particolare è opportuno riflettere sul fatto che la linea dell'emisfero occidentale, segnando la definitiva presa di coscienza da parte degli Stati Uniti della propria natura di *Global Power* — o meglio, di *Oceanic Power* —, è stata il cardine ed il discrimine di un nuovo ordine giuridico, politico ed etico al tempo stesso. Dopo le *rayas* e le *amity lines*, ancora una volta è una linea a segnare l'avvento di un nuovo assetto egemonico. Si tratta di un *ordo*, per dirla ancora con Schmitt, che sotto molteplici profili trova ragione di sé nel mare. È infatti il frutto di una logica di potenza — spinta fino al punto di ripartire *per lineam* gli spazi del globo — che si manifesta secondo modalità e strategie già praticate dalla talassocrazia britannica: adeguandosi ai precetti contenuti nella geopolitica mahaniana, gli Stati Uniti non hanno infatti tardato ad individuare negli spazi marini il luogo privilegiato per esercitare la propria *power politics*. Emersi dalla Seconda Guerra Mondiale come superpotenza grazie alla propria supremazia navale, o meglio aeronavale, gli Stati Uniti, hanno poi gelosamente difeso questo primato nei lunghi decenni della Guerra Fredda. Infine, l'ordine del *Western Hemisphere* dimostra la propria natura talassica nel momento in cui si considera il mare, non solo come uno spazio indistinto, elementare, ma anche come metafora di un *ordo* universalistico, *unpolitisch*.

Lo psichiatra James Hillman, nel fortunato *A Terrible Love for War*, ha suggerito che solo gli archetipi del mito permettono di comprendere l'immane tragedia della guerra: il pensiero logico-scientifico, in sé, è inadeguato a spiegare un fenomeno tanto complesso (213). Schmitt potrebbe replicare che tale inadeguatezza si estende anche alla comprensione delle dinamiche egemoniche in atto nel sistema internazionale.

Nel momento in cui si accoglie il suggerimento di Schmitt, dunque, si può riconoscere nella lotta elementare tra *Leviathan* e *Behemoth* « il conflitto tra potenza dei luoghi e potenza planetaria

(213) Cfr. J. HILLMAN, *A Terrible Love for War*, London, Penguin, 2004, trad. it., *Un terribile amore per la guerra*, Milano, Adelphi, 2005.

dell'economia» (214). La dicotomia terra/mare non sembra aver esaurito la sua funzione 'essoterica'. Come suggerisce Maria Rosaria Ferrarese, la mitologia schmittiana è uno strumento prezioso per decodificare quanto avviene sul piano istituzionale all'interno dei processi di globalizzazione (215). Certo, la prassi delle linee oggi appare desueta, come del resto tale doveva apparire anche ad uno studioso di diritto internazionale prima della Conferenza di Panama. Le pagine di Schmitt, però, ci mettono in guardia da giudizi troppo affrettati: ad un cinquantennio dalla prima pubblicazione di *Nomos der Erde*, mantengono infatti una straordinaria freschezza, dimostrandosi ancora capaci di cogliere il carattere delle dinamiche egemoniche oggi *in fieri* e di determinare con esattezza le tensioni cui è sottoposto l'ordinamento internazionale.

(214) Cfr. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 36.

(215) Si vedano in tal senso le puntuali osservazioni di Maria Rosaria Ferrarese che, riflettendo sulla « posizione giuridica dell'Europa di fronte alle sfide della globalizzazione », ha scelto di adottare proprio il paradigma schmittiano di *Land e Meer*: cfr. M. R. FERRARESE, *Il diritto europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*, in « Quaderni fiorentini per lo studio del pensiero giuridico moderno », 31, 2002, pp. 10-38.

LUIGI NUZZO

DAL COLONIALISMO AL POSTCOLONIALISMO:
TEMPI E AVVENTURE DEL 'SOGGETTO INDIGENO'

La storia è precisamente il luogo in cui il moderno (la mia Europa iperreale) lotta per impadronirsi, nel proprio interesse, delle altre dislocazioni della memoria.

DIPESH CHAKRABARTY, *Provincializzare l'Europa* (2000)

1. Prima del soggetto. — 2. Il tempo del diritto coloniale. — 3. Soggetti giuridici e sudditi coloniali. — 4. Dopo il soggetto.

In un libro di pochi anni fa, ricco sin dal titolo di suggestioni lacaniane, *The Ticklish Subject. The Absent Centre of Political Ontology*, Slavoj Žižek invitava i « partigiani della soggettività a rendere pubbliche le loro idee », a scendere in campo contro « questa favola dello spettro della soggettività cartesiana » con un manifesto filosofico-politico che ribadisse l'esistenza e la centralità del soggetto sulla scena politica del mondo globalizzato ⁽¹⁾. Nell'impossibilità di sostenere un ormai improbabile ritorno all'identità originaria — ma con la consapevolezza dei limiti delle opzioni ibride dei teorici postcoloniali e della complicità della retorica multiculturalista ai progetti totalizzanti del capitalismo — egli, da un lato, denunciava con forza i pericoli di una riflessione teorica che rifiutando l'ordine patriarcale edipico e la sua Legge non aveva colto le nuove forme di dominazione e di assoggettamento dovute proprio al « declino di Edipo » come modello per la produzione di soggettività. Dall'altro negava con altrettanta vigore la scomparsa

⁽¹⁾ S. ŽIŽEK, *The Ticklish Subject. The Absent Centre of Political Ontology*, London 1999, trad. it. D. Cantone, L. Chiesa, *Il soggetto scabroso. Trattato di ontologia politica*, Milano, Cortina, 2003.

stessa del soggetto e provocatoriamente identificava il soggetto con questa scomparsa (2). Il soggetto medesimo era assenza, vuoto, *absent center* lacanianamente governato dalla *jouissance* e dal quale partire per una pratica politica rivoluzionaria fondata sulla sua forza desiderante (3).

Queste pagine, nonostante il titolo, non devono leggersi come un contributo al manifesto per la soggettività cui ci invita Žižek. L'obiettivo è più modesto. Si tratta semplicemente del tentativo di complicare, attraverso il filtro del momento coloniale, l'immagine che la discorsività giuridica ci restituisce del suo soggetto, di ripensare il protagonista di tante nostre storie partendo proprio dal vuoto, dall'assenza prodotta dalle rimozioni coloniali, svelando i segni inesorabili che il tempo gli ha lasciato e che nessun univeralismo può ormai continuare ad occultare.

Ciò che intendo proporre è una ricostruzione dell'alterità coloniale come lato oscuro della soggettività giuridica occidentale, come dimensione deformata dalla testualità normativa dei coloniz-

(2) « Questo sforzo propriamente isterico di rompere con il passato edipico — scrive ŽIŽEK, *ivi*, p. 456 — non riconosce il vero pericolo: quest'ultimo non va rinvenuto nelle vestigia del passato, ma nell'oscuro bisogno di dominazione e assoggettamento generato proprio dalle nuove forme 'postedipiche' di soggettività. In altre parole, oggi assistiamo a un cambiamento non meno radicale di quello con cui si è passati dall'ordine patriarcale premoderno legittimato direttamente dalla cosmologia sessualizzata (il Maschile e il Femminile come principi cosmici) all'ordine patriarcale moderno che ha introdotto il concetto astratto-universale di uomo; come accade sempre in concomitanza con queste nuove rotture, bisognerebbe evitare la trappola di paragonare i nuovi standar ai vecchi: questo tipo di cecità porta a visioni catastrofiche di disintegrazione totale (la visione di una società emergente popolata da narcisisti protopsicotici cui manca qualsiasi nozione di fiducia e di obbligo) o a non meno false celebrazioni della società postedipica che mancano di rendere conto delle nuove forme di dominazione emergenti dalla soggettività postmoderna stessa ».

(3) Ulteriori indicazioni in S. ŽIŽEK, *For They Know not What They Do. Enjoyment as a Political Factor*, London-New York, trad. it. D. Cantone, R. Scheu, *Il godimento come fattore politico*, Milano, Cortina, 1991; sottolinea la dimensione giuridica del desiderio nella riflessione di Žižek, J. DEAN, *Žižek on Law*, in « Law and Critique Review », 15, 2004, pp. 1-24. Cfr. sempre J. LACAN, *Livre VII. L'éthique de la psychanalyse* (1959-1960), Paris 1986, trad. it. M.D. Contri, a cura di G.B. Contri, *Libro VII. L'etica della psicoanalisi*, Torino, Einaudi, 1979; Id., *Livre XI. Les quatre concepts fondamentaux de la psychanalyse* (1964), Paris 1973, trad. it. S. Loaldi, I. Molina, a cura di G.B. Contri, *Il Seminario. Libro XI. I quattro concetti fondamentali della psicoanalisi*, Torino, Einaudi, 1979.

zatori o negata dalle mitologie giuridiche della modernità e dai silenzi complici della storiografia (4). Un'alterità però che ora con il declino dei valori 'universali' della generalità e dell'astrattezza ha abbandonato una volta per tutte le periferie in cui era confinata e si è insinuata, come ulteriore elemento di complicazione, nella soggettività postmoderna.

Negli ultimi venti anni, grazie alle suggestioni e alle spinte decentranti che venivano dei *postcolonial* e *subaltern studies*, il rinnovato interesse verso le tematiche coloniali ha suscitato un vivace dibattito che, superati agevolmente i confini dei circuiti della critica letteraria in cui era sorto, ha contaminato la riflessione storica, geografica, filosofica fino ridefinire lo spazio teorico entro il quale ogni nuova lettura del mondo contemporaneo può essere data (5).

Paradossalmente proprio nel momento in cui le strategie del capitalismo globale ribadivano l'unicità del mondo e ne fornivano una rappresentazione pacificata, fondata ancora sul rapporto dialettico tra i contrapposti concetti di centro e periferia, gli studi subalterni ne svelavano la violenza più profonda, costruendo una teoria della subalternità, che, partendo dal concetto gramsciano di egemonia, superava la logica binaria primo mondo/terzo mondo, colonizzatore/colonizzato e passava dalla dialettica sé/altro alla disseminazione delle immagini di sé e dell'altro (6). Ne è emersa una soggettività nuova, ibridizzata che risolveva nel corpo di un nuovo protagonista quelle contrapposizioni sulle quali la modernità coloniale aveva costruito il suo discorso e che chiedeva di essere

(4) P. FITZPATRICK, *The Mitology of Modern Law*, London 1992; cfr. più recentemente il saggio di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche del diritto*, Milano, Giuffrè, 2001.

(5) G. CH. SPIVAK, *A Critique of Postcolonial Reason*, Cambridge 1999, trad. it. A. D'Ottavio, *Critica della ragione postcoloniale*, a cura di P. Calefaro, Roma, Meltemi, 2004. Utili indicazioni per orientarsi negli studi postcoloniali in A. LOOMBA, *Colonialism/Postcolonialism*, London 1998, trad. it. F. Neri, *Colonialismo/postcolonialismo*, Roma, Meltemi, 2000; con particolare riferimento alla dimensione storica, R. J.C. YOUNG, *Postcolonialism. A Historical Introduction*, Oxford, Blackwell, 2001.

(6) H. K. BHABHA, *The Location of Culture*, London 1994, trad. it. A. Perri, *I luoghi della cultura*, Roma, Meltemi, 2001, in part. cap. 8, 'Disseminazione. Tempo, narrativa e limiti della nazione moderna', pp. 195-235; S. MEZZADRA, F. RAHOLA, *La condizione postcoloniale*, in «Derive Approdi», 23, 2003, pp. 7-12.

l'artefice della propria storia (7). Un soggetto che si muoveva fuori dalla « stereotomia occidentale », come direbbe Derrida, recuperando una spazialità e una temporalità altre rispetto a quelle in cui si forma il linguaggio normativo dell'Occidente e lo si rappresenta come universale (8).

Riprendendo un classico testo di Barthes, *Le plaisir du texte*, Homi Bhabha definisce questa temporalità la temporalità di Tangeri. Seduto in un bar della città marocchina infatti un « semiaddormentato » Roland Barthes cercava di catalogare le parole in francese e in arabo, la musica o semplici rumori di sedie e il tintinnare dei bicchieri che giungevano alle sue orecchie (9).

Un flusso discontinuo di suoni che non arrivava a formare nessuna frase, che stravolgeva le regole sintattiche e le gerarchie grammaticali, ma che, nello stesso tempo, si presentava come « legge di quel linguaggio ». Una scrittura ad alta voce che stava

(7) G. PRAKASH, *Subaltern Studies as Postcolonial Criticism*, in « American Historical Review », 99, 1994, pp. 1475-90; ID. (a cura di), *After Colonialism. Imperial Histories and Postcolonial Displacements*, Princeton, University Press, 1995, p. 4 ss.; R. GUHA, *History at the Limit of World-History*, New York 2002, trad. it. R. Stanga, *La storia ai limiti della storia del mondo*, Firenze, Sansoni, 2003, pp. 43 ss.

(8) J. DERRIDA, *Le monolinguisme de l'autre*, trad. it. G. Berto, *Il monolinguisma dell'altro*, Milano, Cortina, 2004.

(9) R. BARTHES, *Le plaisir du texte*, Paris 1973, trad. it. L. Lonzi, *Il piacere del testo*, Torino, Einaudi, 1975, p. 48. Il passo è molto bello e vale la pena riportarlo per esteso: « Una sera, semiaddormentato sul sedile di un bar, cercavo per gioco di censire tutti i linguaggi che entravano nel mio ascolto: musiche, conversazioni, rumori di sedie, di bicchieri, tutta una stereofonia di cui una piazza di Tangeri è esemplare. Si parlava anche dentro di me (è cosa nota), e questa parola detta 'interiore' somigliava molto al rumore della piazza, a quello scaglionamento di piccole voci che mi venivano dall'esterno: io stesso ero un luogo pubblico, un suk; passavano in me le parole, i sintagmi minuti, i mozziconi di formule e non si formava nessuna frase, come se fosse stata la legge di quel linguaggio. Questa parola al tempo stesso molto culturale e molto selvaggia era soprattutto lessicale, sporadica; costituiva in me, attraverso il suo flusso apparente, un discontinuo definitivo: questa non frase non era affatto qualcosa che non avesse il potere di accedere alla frase, che fosse prima della frase; era: ciò che eternamente, superbamente, è fuori della frase. Allora, virtualmente, cadeva tutta la linguistica, che crede solo alla frase e ha sempre attribuito una dignità esorbitante alla sintassi predicativa (come forma di una logica, di una razionalità); mi ricordavo questo scandalo scientifico: non esiste nessuna grammatica locutiva (grammatica di ciò che parla e non di ciò che si scrive; e per cominciare grammatica del francese parlato). Siamo consegnati alla frase (e di qui alla fraseologia) » (pp. 48-49).

prima della frase, fuori di essa e che non aveva il potere di accedere alla frase né del resto voleva realmente accedervi. Essa era una frattura nella catena ininterrotta dei segni linguistici che spiazzava « il potere degli agenti della frase », costituiva una nuova temporalità discorsiva e apriva un nuovo spazio che permetteva, secondo il critico indiano, un riposizionamento o una rinegoziazione del ruolo del soggetto ⁽¹⁰⁾.

Il discorso coloniale quindi, non solo non poteva impedire, nel momento in cui costruiva o inventava l'immagine dell'altro e la metteva in circolo, che il colonizzato, come sua negazione, esercitasse a sua volta una profonda pressione sul colonizzatore e sull'identità occidentale, ma anche che, nelle pieghe, negli interstizi della discorsività coloniale si formasse uno spazio in cui si sciogliessero le opposizioni binarie della modernità, si riordinassero i confini tra noi e gli altri e si producesse una nuova soggettività resistente.

La tesi è affascinante, ma conserva ancora la sua forza fuori dal discorso semiologico? Cosa succede, cioè, se proiettiamo la metafora di Barthes nel campo disciplinato e razionale del diritto? Possono aprirsi analoghi spazi? E soprattutto il soggetto frammentato e in movimento dei poststrutturalisti può giuridicizzarsi, rinegoziando una sua autonomia all'interno della categoria generale e astratta del soggetto giuridico?

Consapevoli del silenzio con cui giuristi e storici del diritto hanno avvolto le problematiche coloniali e della distratta indifferenza con cui hanno risposto alle suggestioni teoriche che giungevano dagli altri settori disciplinari, proviamo a rispondere alle domande che ci suggerisce la lettura postcoloniale del testo di Barthes offertaci da Homi Bhaba e iniziamo a scandire le temporalità attraverso cui si è declinata la parabola del soggetto giuridico coloniale e che hanno presieduto sia alla sua inclusione nella testualità giuridica occidentale sia all'operatività nei suoi confronti della coppia concettuale soggettivazione/assoggettamento.

⁽¹⁰⁾ BHABHA, *I luoghi della cultura*, cit., p. 250; cfr. anche G. CH. SPIVAK, *Postcoloniality and Value*, in P. COLLIER e H. G. RYAN (a cura di), *Literary Theory Today*, Cambridge, Polity Press, 1990, pp. 250-258.

1. *Prima del soggetto.*

Il compito che l'Europa cristiana, ancora stupita di fronte all'immensa meraviglia provocata dalla scoperta del Nuovo Mondo, aveva affidato a giuristi e teologi agli inizi del secolo XVI non era dei più semplici. Attraverso la tradizione testuale delle sacre scritture e del diritto comune, essi avrebbero dovuto assicurare l'ingresso e il radicamento dei valori culturali dell'Occidente cristiano nella società indigena, provvedendo alla costruzione di un sistema comunicativo tra spagnoli e nativi, alla produzione e alla rappresentazione dello spazio americano come nuovo spazio sociale, dominato dalla simbologia dei colonizzatori, ed infine alla creazione di una soggettività coloniale, libera e nello stesso tempo sottoposta al nuovo sistema culturale, linguistico e religioso ⁽¹¹⁾.

Il cammino verso l'inclusione imponeva la riconduzione degli immensi territori delle Indie e delle selvagge popolazioni che li abitavano all'interno di un unico ordine naturale cristiano, iscritto nella natura delle cose, e un'economia politica del controllo da realizzarsi con la costruzione di un sistema di coercizione che situasse i nativi in spazi cristianizzati chiusi o solo apparentemente aperti, *encomiendas*, *congregaciones*, *pueblos*, li rieducasse mediante esercizi spirituali, l'insegnamento del castigliano, il lavoro, e imbrigliasse ogni loro pretesa o richiesta nella rete rassicurante del formalismo dei meccanismi processuali spagnoli ⁽¹²⁾.

Il cammino verso l'inclusione non era però agevole e la stessa inclusione un frutto avvelenato. In quanto uomo, infatti, il nativo doveva abbandonare « la nuda vita » ed accettare l'esistenza politica che gli spagnoli gli offrivano, cioè un'esistenza che poteva essere pensata appunto solo in nuclei urbani, unificati e disciplinati dalla nuova religione, e che poteva esprimersi imbrigliando l'idioma dei

⁽¹¹⁾ L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004.

⁽¹²⁾ Gli effetti devastanti che il ricorso agli strumenti processuali spagnoli produsse nella società indigena sono descritti da W. BORAH, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, (trad. spagn. J.J. Utrilla), México, D.F., Fondo de cultura económica, 1985.

padri e le antiche memorie nel linguaggio e nei testi dei colonizzatori⁽¹³⁾. Di fronte a corpi e anime modellabili, sulle quali incidere i segni della cristianità e della civiltà, il potere che i sovrani spagnoli si attribuivano era già un bio-potere, qualcosa che « si esercita positivamente sulla vita, che incomincia a gestirla, a potenziarla, a moltiplicarla, ad esercitare su di essa controlli precisi e regolazioni d'insieme », qualcosa che poteva disattivare le inquietudini provocate dalle prime rappresentazioni spagnole dell'organizzazione politica e sociale indigena, fondate sull'assoluta assenza di rapporti proprietari e su diverse abitudini sessuali, religiose e alimentari, e costituire una nuova soggettività⁽¹⁴⁾.

I nativi riconoscendo l'autorità di Cristo e della Corona spagnola, cui era stato affidato solennemente il compito della loro conversione⁽¹⁵⁾, potevano accedere all'ordine universale voluto da Dio, ricongiungersi con le idee di verità e di ragione che esso implicava e soprattutto scoprire il rapporto di filiazione e le relazioni giuridiche che li legavano al discorso dell'Occidente. Essi avevano la possibilità di iscrivere la loro giovane esistenza nella tradizione testuale dell'Europa cristiana e, riconoscendone l'origine comune, di sottomettersi ad essa, finalmente soggetti, cioè sotto-

(13) Cfr. i lavori fondamentali di S. GRUZINSKI, *La colonisation de l'imaginaire. Sociétés indigènes et occidentalisation dans le Mexique espagnol (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris 1988, trad. it. D. Sacchi, *La colonizzazione dell'immaginario. Società indigene e occidentalizzazione nel Messico spagnolo*, Torino, Einaudi, 1994; W. D. MIGNOLO, *The Darker Side of Reinassance. Literacy, Territoriality and Colonization*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1992.

(14) M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Paris 1976, trad. it. P. Pasquino, G. Procacci, *La volontà di sapere*, Milano, Feltrinelli, 1997, p. 121; sul rapporto tra politica e vita, tra *pólis* e *zoé*, vedi G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995; R. ESPOSITO, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, Einaudi, 2004.

(15) Come è noto con la bolla *Inter Cetera* (3.5.1493), Alessandro VI aveva donato ai sovrani di Castiglia le nuove terre americane affinché diffondessero la parola di Cristo e avvicinasero gli indigeni alla religione cattolica, costituendo così in capo a Ferdinando e Isabella un pesante obbligo morale e un valido titolo giuridico che legittimava la presenza spagnola nei confronti dei nativi come delle altre potenze europee. Il testo è edito in J. METZLER (a cura di), *America Pontificia. Primi saeculi evangelizationis 1493-1592*, Città del Vaticano, ed. Vaticana, 1991, vol. 1, pp. 71-75. A questa prima bolla seguì una seconda *Inter cetera*, promulgata il 4 maggio (ivi, pp. 79-83), che individuò con maggiore precisione l'ambito spaziale del dominio spagnolo.

posti alla Legge ed assoggettati all'apparato testuale dei colonizzatori⁽¹⁶⁾.

Grazie alla 'mediazione' di Francisco de Vitoria già negli anni trenta del Cinquecento gli indigeni erano pronti a divenire parte integrante della « repubblica universale delle genti », membri effettivi di un'immaginata *communitas orbis*, di una società naturale non più sottoposta alle autorità ordinanti del papa e del imperatore, ma formata da soggetti politici liberi e indipendenti, vincolati al rispetto dello *ius gentium*. Nel mondo globale del teologo di Salamanca vi era un fondamentale diritto dei popoli a relazionarsi liberamente tra loro dal quale discendevano ulteriori diritti: di transito, di migrazione, di libero commercio, di godimento dei beni in comune, di occupazione di spazi incolti o di raccolta di *res derelictae*⁽¹⁷⁾. Ma ai diritti corrispondevano altrettanti pesanti obblighi, la cui violazione portava ancora all'applicazione della immarcescibile categoria medievale del *bellum iustum*, fornendo la giusta causa per dichiarare le ostilità, liberando i colonizzatori da

⁽¹⁶⁾ Si tratta di un processo analogo a quello studiato da J. LACAN, in *Lo stadio dello specchio come formatore della funzione dell'io*, in ID., *Écrits*, Paris 1966, trad. it. G.B. Contri, *Scritti*, Torino, Einaudi, 1974, vol. 1, pp. 87-94, in cui il bambino, riconosciuto per la prima volta il suo corpo riflesso nello specchio, si separa da quello della madre ed entra nell'ordine simbolico del padre; cfr. ID., *Le séminaire. Livre XVII. L'envers de la psychanalyse (1969-1970)*, Paris 1991, trad. it. C. Viganò, R.E. Manzetti, *Il seminario. Libro XVII. Il rovescio della psicanalisi*, Torino, Einaudi, 2001, in part. pp. 103 ss. Fortemente segnata dalle teorie psicoanalitiche di Lacan la riflessione storico giuridica sulla formazione del soggetto di P. LEGENDRE, *Dieu au miroir. Étude sur l'institution des images*, Paris, Fayard, 1994, pp. 41-88; ID., *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, in part. p. 28 ss.; e, con maggiore attinenza al nostro percorso, quella di FR. FANON, *Peau noire masques blanches*, Paris 1952, trad. it. M. Sears, *Pelle nera maschere bianche: il nero e l'altro*, Milano, Tropea, 1996. Per una secca condanna delle proiezioni coloniali del complesso edipico rinvio a G. DELEUZE, F. GUATTARI, *L'Anti-Edipe*, Paris 1972, trad. it. A. Fontana, *L'anti Edipo. Capitalismo e schizofrenia*, Torino, Einaudi, 2002, p. 185 ss.

⁽¹⁷⁾ F. DE VITORIA, *De indis*, I, 3, 1-7, in ID., *Relectio de Indis. La questione degli indios*, testo critico di L. Pereña, a cura di A. Lamacchia, Bari, Levante, 1996, pp. 77-87. Per la critica di Vitoria ai titoli tradizionalmente utilizzati per giustificare la conquista e l'esame di quelli che il teologo riteneva legittimi, vedi J. BARRIENTOS GRANDON, *Historia del derecho indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación. Ius Commune-ius proprium en las Indias occidentales*, Roma, Il Cigno, 2000, pp. 44-57.

ogni responsabilità morale e giuridica e trasferendo in capo ai colonizzati la colpa della loro stessa riduzione in schiavitù, inevitabile conseguenza della follia insita nel rifiuto dei valori cattolici (18).

Il mondo di Vitoria era infatti un mondo cristiano in cui gli spagnoli, ambasciatori della vera fede, avevano il diritto di predicare il Vangelo, di proteggere gli indigeni convertiti, di destituire i legittimi governanti e sostituirli con un sovrano cristiano, di abbattere i regimi tirannici e, in spregio delle leggi di natura, di intervenire militarmente « causa sociorum et amicorum », di accogliere l'eventuale richiesta degli stessi nativi ad essere governati dal re di Spagna, o infine, di assumere « propter bonum et utilitatem illorum » anche il loro governo e la loro amministrazione (19).

Nella rappresentazione di Vitoria non sembra quindi esserci scampo per gli indigeni alla forza attrattiva del testo. L'esistenza istituzionale della soggettività coloniale era pensabile e rappresentabile solo all'interno della testualità giuridica dello *ius commune*, divisa tra l'eterna esclusione che una legittima schiavitù avrebbe inevitabilmente prodotto, e l'inclusione amorevole nell'ordine simbolico della famiglia.

Solo disponendosi nella trama disciplinante dei rapporti familiari, solo rapportandosi alla figura del *pater*, sottoponendosi alla sua autorità e alla sua Legge, essi potevano assumere uno *status* ed essere individuati giuridicamente. Per il tramite del *pater* e solo dentro la famiglia era infatti pensabile disporre di facoltà, privilegi, libertà. Fuori dalla famiglia e dalle sue tecnologie disciplinari non vi era invece possibilità di crescere, di apprendere i valori cristiani,

(18) Cfr. A. PAGDEN, *The Fall of Natural Man. The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology*, Cambridge 1982, trad. it. I. Legati, *La caduta dell'uomo naturale. L'indiano d'America e le origini dell'etnologia comparata*, Torino, Einaudi, 1989, p. 26 ss.; A. CASSI, *Ius Commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 379 ss.

(19) VITORIA, *De Indis*, I, 3, 8-16, cit., pp. 87-96. Insiste sulla dimensione ancora medievale della riflessione di Vitoria C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin 1974, trad. it. E. Castrucci, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello « jus publicum europaeum »*, Milano, Adelphi, 1998, pp. 104-40.

senza il suo filtro non si aveva accesso ad alcuno *status* e quindi ad alcuna forma di esistenza riconosciuta istituzionalmente ⁽²⁰⁾.

I nativi per essersi recentemente convertiti, per la loro umile, sottomessa e servile condizione, per il compatimento che la loro povertà materiale e spirituale suscitava, ebbero accesso alla condizione di miserabili ⁽²¹⁾ e furono identificati con due degli *status* che qualificavano e specificavano la 'miserabilità': i rustici e i minori ⁽²²⁾.

L'elasticità della categoria dei miserabili, la facilità con cui chiunque poteva essere ricompreso in essa, il dato oggettivo della recente conversione delle popolazioni autoctone, della loro estrema povertà e soprattutto della loro miserrima condizione spirituale permisero infatti alla dottrina giuridica, alla burocrazia della Corona e ai padri riuniti nei concili provinciali di Lima e di Città del Messico, nella seconda metà del Cinquecento, di assimilare facilmente i nativi, impuberi e rustici, ai *miserabiles* ⁽²³⁾, e di estendere

⁽²⁰⁾ Diffusamente P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, vol. 1: Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 40 ss; B. CLAVERO, *Beati dictum. Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*, in « Anuario de historia del derecho español », 63-64, 1993-1994, pp. 7-148; Id., *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, D.F., Siglo XXI, 1994, pp. 11-19.

⁽²¹⁾ Non è semplice definire con esattezza i miserabili. Sebbene infatti la costituzione di Costantino *Quando imperator inter pupillos et viduas* (C. 3.14, l. unica), punto di partenza per ogni riflessione giuridica sul tema, qualificasse espressamente come miserabiles solo « viduae, pupilli, morbo diuturno fatigati et debiles », la dottrina giuridica era concorde nel ritenere che la miseria stessa della condizione umana impedisse di stilarne un elenco esaustivo e che fosse opportuno affidare al sapiente arbitrio del giudice, alla sua interpretazione discrezionale ma sempre « ad legum mensuram », la valutazione del singolo caso e la estensione o meno dei privilegi e delle tutele previste dal diritto; G. ÁLVAREZ DE VELASCO, *De Privilegiis pauperum et miserabilium personarum*, Lausonii et Coloniae, Bosquet, 1739, q. 2, p. 11.

⁽²²⁾ J. DE SOLÓRZANO Y PEREIRA, *Política indiana*, Madrid, Atlas, 1972, t. 1, l. 2, c. 28, n. 1, p. 418; n. 24, p. 422; diffusamente P. CASTAÑEDA DELGADO, *La condición miserable del indio*, in « Anuario de Estudios Americanos », 28, 1971, pp. 245-335; M. N. OLIVEROS, *La construcción jurídica del régimen tutelar del indio*, in « Revista del Instituto de Historia del derecho Ricardo Levene », 13, 1967, pp. 105-128; da ultimo J.M. DÍAZ COUSELO, *El ius commune y los privilegios de los indígenas en la América Española*, in « Revista de Historia del derecho », 29, 2001, p. 267-306.

⁽²³⁾ Il riconoscimento legislativo del carattere miserabile degli indigeni avvenne per la prima volta con una Ordinanza di Filippo II del 1563 e pochi anni dopo, nel 1567, la stessa qualifica apparve anche nei canoni del II Concilio di Lima del 1567. I concili, cui si fa riferimento nel testo si svolsero a Città del Messico nel 1555, 1565 e

loro i privilegi giudiziali ed extragiudiziali previsti per questi ultimi ⁽²⁴⁾.

Nello spazio caritatevole della famiglia, luogo di crescita e di acculturazione, i nativi godevano quindi dello *status* di minori. Ma minori senza alcuna speranza di crescere, minori che vivevano una fanciullezza senza tempo e che per questo meritavano protezione e privilegi e, per lo stesso motivo, erano condannati ad una tutela infinita, *alieni iuris* vincolati per sempre all'autorità di un Padre. La loro condizione era tale, aggiungeva Gerónimo Mendieta, che potevano anche non essere destinatari di norme e provvedimenti giuridici. Per loro non era necessario il diritto, anzi egli pregava Dio affinché mai giungessero in quei luoghi il Codice e il Digesto né qualcuno tenuto ad amministrarli con quei raffinati ma inadatti strumenti. Giustiniano infatti non aveva scritto le sue leggi per il Nuovo Mondo né i commenti di Bartolo o di Baldo erano stati pensati per la sua gente. Il diritto, concludeva, « parla con gli uomini che sono capaci di lui e lo sanno intendere e chiedere » e poiché i nativi « *non sunt sui sed alieni iuris* (corsivo nel testo) non gli convengono né possono essere loro applicate le disposizioni del Diritto » ⁽²⁵⁾.

1585, e a Lima nel 1583, 1591 e 1601. Sono editi in J. Tejada y Ramiro (a cura di), *Collección de cánones y de todos los concilios de la Iglesia de España y de America*, vol. V, Madrid, Pedro Montero, 1863.

⁽²⁴⁾ Solórzano si soffermava in particolare sui privilegi processuali inerenti ai *pleitos de indios* e su quelli in materia matrimoniale; cfr. SOLÓRZANO Y PEREIRA, *Política indiana*, cit., t. 1, l. 2, c. 28, n. 24 ss., p. 422 ss. Numerosissimi i riferimenti nella *Recopilación de las leyes de los reynos de Indias* (Madrid 1791), Madrid, Boletín oficial del Estado, 1998, cfr. per esempio 6,1,1 (24.12.1589); 2,15,83 (20.11.1542); 5,10,10 (19.10.1514); 11 (12.7.1530) 12-13 (9.4.1591); 14 (8.12.1553). Un elenco di privilegi di natura ecclesiastica fu approvato dal concilio provinciale di Lima del 1583 e pubblicato in *Confessionario para los curas de indios, con la Instrucción contra sus ritos y Exhortacion para ayudar a bien morir, y Suma de sus privilegios, y forma de Impedimento del matrimonio, compuesto y traduzido en las lenguas quichua y aymara...*, Ciudad de los Reyes, Antonio Ricardo, 1585, ff. 13v-15r (cfr. la recente edizione curata da L. Pereña, *Doctrina cristiana y catecismo para instrucción de los indios. Introducción: del genocidio a la promoción del indio*, Madrid, CSIC, 1986, vol. 2, pp. 310-314) e da D. González Holguín, in appendice al suo *Vocabulario de la lengua general de todo el Peru llamada lengua Qquichua o del Inca*, Ciudad de los Reyes, Francisco del Canto, 1608.

⁽²⁵⁾ G. MENDIETA, *Carta al Padre Comisario General Fray Francisco de Bustamante* (1562), in J.G. ICAZBALCETA (a cura di), *Nueva Colección de documentos ineditos para la historia de México. Cartas de Religiosos de Nueva España, 1539-1591*, México, D.F., S.

Francisco de Vitoria, con la *Relectio de Indis*, contribuì alla definizione e alla diffusione europea di questa immagine, esaminando i titoli che avrebbero potuto motivare legittimamente la presenza spagnola nelle Indie Occidentali. Al maestro di Salamanca sembrava, pur con qualche dubbio, che gli spagnoli dovessero sia per un obbligo giuridico, sia per un precetto di carità occuparsi degli indigeni fino a quando questi ultimi non fossero stati in grado di amministrarsi correttamente. Fino a quel momento, « l'idiozia » dei nativi, « molto maggiore di quella dei bambini e degli adolescenti di altre nazioni », non permetteva loro di « costituire ed amministrare uno stato (*republicam*) legittimo e ordinato in termini umani e civili » (26).

Chavez Hayhoe, 1941, p. 17: « es verdad que es de tan poca importancia y necesidad para el gobierno destes reinos, que pluguiera á Dios que ni Codigo ni Digesto, ni hombre que había de regir á indios por ellos pasara á estas partes; porque ni Justiniano hizo leyes ni Barthulo ni Baldo las expusieron para este nuevo mundo y su gente, porque toda ella es de los que *non sunt sui sed alieni juris*, y así no les pueden cuadrar ni convenir las disposiciones del Derecho, el cual habla con los hombres que son capaces de él, y lo saben entender y pedir ».

(26) Il passo di Vitoria (*De Indis*, cit., I, 3, 17, p. 97) è il seguente: « potrebbe dirsi pertanto che per l'utilità di tutti loro potrebbero i sovrani di Spagna prendere a loro carico l'amministrazione e il governo di quei popoli, nominare i ministri e governatori per le loro città e dar loro anche nuovi sovrani, se constatassero che ciò è conveniente al loro benessere. Può sembrare facile persuadersi della legittimità di tutto questo, in quanto se tutti fossero incapaci non c'è dubbio che non solo sarebbe lecito e molto conveniente, ma i sovrani sarebbero perfino obbligati a farlo, allo stesso modo che si trattasse di bambini. Sembra che ci sia la stessa ragione per quegli indios che per gli amenti, in quanto niente o poco più possono fare per governarsi di quanto possono i semplici idioti. Sono quasi come le fiere e le bestie, e consumano alimenti non trattati, né pressoché migliori. Pertanto potrebbero affidarsi al governo di uomini più capaci e intelligenti. Questa tesi si può sostenere con una certa verosimiglianza. Infatti se per un caso perissero tutti gli adulti di quelle regioni e rimanessero unicamente i bambini e gli adolescenti, che hanno un certo uso di ragione pur negli anni della fanciullezza e della pubertà, sembra chiaro che i sovrani potrebbero prenderli sotto la loro tutela, e governarli mentre sono in questa età. Se si ammette questo non si può negare, poi, che possa farsi lo stesso con gli indios adulti, ammessa l'idiozia e la rozzezza che attribuiscono loro quelli che sono stati in quelle regioni; idiozia, della quale dicono che è molto maggiore di quella dei bambini e degli adolescenti di altre nazioni. Questo comportamento invero, potrebbe fondarsi perfino nel precetto della carità, una volta ammesso che quelli sono il nostro prossimo, e noi siamo obbligati a procurare loro il bene ». Il fatto che gli indiani fossero come fanciulli, o quasi come *amentes*, non portava

Sempre nella *Relectio de Indis* Vitoria colse poi, pur se incidentalmente, anche la relazione tra indigeni e rustici sottolineando, attraverso l'individuazione di un minimo comun denominatore, — l'inciviltà — una somiglianza destinata ad incontrare grande diffusione nel discorso giuridico della conquista. La « mala et barbara educatio » che rendeva « insensati et hebetes » i nativi non era infatti per nulla dissimile da quella dei « rustici », che così poco si distinguevano dalle bestie (27).

Nella semantica giuridica del diritto comune il termine *rusticus*, come è noto, non era un termine neutro. Esso traduceva l'ignoranza, la brutalità, la malizia, ma anche la furbizia e la primitiva innocenza di tutti coloro che « vivevano fuori dalle città », di tutti coloro che, depositari solo di un sapere orale e « rustici opere et conversatione », vivevano ai margini della testualità giuridica, in un mondo extratestuale che esisteva solo grazie all'atteggiamento paternalistico ed indulgente del diritto ufficiale (28). L'impossibilità dei rustici di conoscere la legge, l'incapacità di cogliere le sottigliezze dei provvedimenti normativi e la logica di un sistema processuale formulare e scritto legittimavano, innanzitutto, l'esistenza di una serie di privilegi di carattere processuale, poi, la possibilità di avere un proprio diritto consuetudinario e propri giudici che si sarebbero dovuti attenere nella risoluzione delle controversie a criteri equitativi (29).

però Vitoria ad escludere la loro capacità di *dominium*; cfr. VITORIA, *Relectio de Indis*, cit., I, 1, 12-16, pp. 26-31. Cfr. anche A. PAGDEN, *Dispossessing the Barbarian: the Language of Spanish Thomism and the Debate over the Property Rights of the American Indians*, in ID. (a cura di), *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*, Cambridge, University Press, 1987, pp. 79-92.

(27) VITORIA, *De Indis*, cit., I, 1, 15, p. 30.

(28) La definizione di rustico come colui che vive fuori dalle città è di Bartolo; quella successiva, riportata nel testo, è invece di Alessandro da Imola, entrambe cit. in A.M. HESPAÑA, *Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica*, in ID., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, (trad. spag. A. Cañellas Haurie), Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 32.

(29) « Solo es de advertir — scriveva J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra*, Barcelona, Gerónimo Margarit, vol. 2, 1624, p. 45 — que de los privilegios de la ignorancia concedidos a los labradores, no gozan los rusticos sagazes, [...] como ya oy lo son casi todos, y de otras muchas malas calidades, en especial que son inclinados a hurtar, y maliciosos en el

L'attribuzione anche dello *status* di rustico alle popolazioni autoctone fornì le basi per definire la marginalità indigena, per riprodurre anche in America l'esistenza di un mondo orale che si muoveva fuori dalla cultura scritta del testo e delle sue regole di civiltà, e per proiettare sui nativi il medesimo atteggiamento paternalistico oscillante tra protezione e repressione pensato per gli Altri interni. Se attraverso il riconoscimento della minore età gli indigeni erano dentro l'ordine simbolico della famiglia, l'assimilazione ai rustici permise di qualificare giuridicamente la loro sostanziale continuata estraneità al sistema culturale della *respublica christiana*, definendo il modello per un'efficace rappresentazione degli indigeni costantemente in bilico tra l'ignoranza benevola, la pacifica semplicità, l'umile disposizione all'obbedienza e la malizia sorda, la stupidità brutale, l'irrecuperabile ignavia e il totale abbandono ai vizi e all'alcool ⁽³⁰⁾.

In entrambi i casi vi era un deficit di testualità. Nelle rappresentazioni dei giuristi infatti i nativi « non potevano possedere le parole per dire il diritto » sia in quanto minori, e dunque *alieni iuris* affidati alla curatela di un tutore, e sia in quanto rustici, e dunque esterni « alle mura delle città » ed inseriti in un altro ordine simbolico, ma che esisteva solo attraverso il filtro testuale che i giuristi, come rappresentanti del mondo della cultura ufficiale e della parola scritta, garantivano, riconoscendo loro privilegi e la possibilità di ricorrere alle loro primitive consuetudini.

vender, y cautelos en aguardar los tiempos de mayor necesidad, para vender mas caros los frutos de la tierra causando la necesidad de la hambre, y que padezcan los pobres por su culpa hasta que les suban los precios. Y estas y otras malicias usan, mayormante los labradores convenzinos a pueblos grandes, y assi no ay en ellos aquella sinceridad antigua, por la qual merecio llamarse santa rusticidad ».

⁽³⁰⁾ Cfr. per esempio J. DE MATIENZO, *Gobierno del Perú*, édition et étude préliminaire par G. Lohmann Villena, Paris-Lima, Institut français d'études andines, 1967, p. 1, c. 4, pp. 16-18 secondo il quale gli indigeni erano umili, pazienti obbedienti, in loro era possibile « imprimere qualunque dottrina e insegnamento », ma anche *pasilánimes, tímidos, sucios, crédulos, fáciles, mudables, amigos de novedades, espaciosos, enemigos del trabaxo y amigos de ociosidad, de beber, y emborracharse y idolatrar, con poca caridad, mentirosos*. Per i modelli di riferimento del buono e del cattivo rustico si rinvia a CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores*, cit., vol. 2, pp. 45 ss.

2. *Il tempo del diritto coloniale.*

Poco meno di trecento anni dopo in un diritto internazionale che si costruiva « secondo i bisogni della civiltà moderna »⁽³¹⁾ e che — attraverso il superamento del paradigma della cristianizzazione come strumento per la costruzione e la lettura dei rapporti con l'altro coloniale e l'avvento delle nuove idee di progresso e civilizzazione — aveva provveduto ad identificare la comunità internazionale con il congresso delle nazioni civilizzate e il vecchio *ius publicum europaeum* con un più moderno diritto internazionale interstatale, le tesi di Francisco de Vitoria conservavano inalterato il loro fascino ed erano pronte a divenire, in ambienti e in testi diversi, un'ottima guida giuridica per il nascente imperialismo Occidentale, trasportando il loro autore nell'empireo dei padri del diritto internazionale⁽³²⁾.

Se il diritto internazionale, come diritto fondato sul comune consenso di stati sovrani ed uguali tra loro, era il prodotto della « moderna civilizzazione cristiana »⁽³³⁾, l'Europa dei secoli XIX e XX continuava la sacra missione iniziata dalla Spagna cattolica e teorizzata giuridicamente dal teologo di Salamanca. Solo riconoscendo l'universalità dei suoi valori e costruendo i rapporti con gli

(31) Si tratta del titolo del noto manuale di P. FIORE, *Nuovo diritto internazionale pubblico secondo i bisogni della civiltà moderna*, Torino, Casa editrice e tipografia degli Autori-Editori, 1865; ma così anche J.K. BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der Civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen, Beck, 1872.

(32) La riscoperta di Vitoria ebbe inizio negli anni ottanta dell'Ottocento per merito di James Lorimer e Ernest Nys che resero di nuovo familiare il nome del teologo di Salamanca tra i giusinternazionalisti. Subito dopo la prima guerra mondiale i lavori e le conferenze di James Brown Scott e Camilo García Trelles, incentrati sulla necessità di recuperare il concetto vittoriano di guerra giusta, gli assicurarono un posto d'onore tra i fondatori del diritto internazionale e gli permisero di divenire, secondo SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., pp. 127-34, « un mito politico ». Per un ripensamento critico cfr. A. ANGHIE, *Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law*, in E. DARIAN-SMITH and P. FITZPATRICK (a cura di), *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1990, pp. 89-107; I. BIROCCHI, *Juan Ginés Sepúlveda internazionalista moderno? Una discussione sulle origini della scienza moderna del diritto internazionale*, in AA.VV., *A Ennio Cortese*, Roma, Il Cigno, 2001, vol. 1, pp. 81-116, in part. pp. 102-07.

(33) L. OPPENHEIM, *International Law*, London, Longmans, Green and Co., 1905, p. 44.

altri attraverso gli *standards* che la difesa di quei valori richiedeva, l'Occidente poteva includere le popolazione barbariche nello spazio civile delle sue leggi, assicurare loro progresso e sviluppo e nello stesso tempo occupare i loro territori e tornare a fornire di un giusta causa la guerra nei confronti di coloro che si fossero opposti ⁽³⁴⁾.

Gli Atti generali che chiusero la Conferenza di Berlino (1884-1885) sullo stato libero del Congo codificarono le linee portanti di questa nuova politica espansionistica ⁽³⁵⁾. I firmatari del documento conclusivo, nel definire le modalità per l'acquisizione e la 'pacifica spartizione' del continente africano nel rispetto del principio di sovranità di ciascuno stato, dichiaravano infatti, già nel preambolo, il loro desiderio di individuare in un spirito di mutua cooperazione le condizioni più favorevoli per lo sviluppo del commercio e della civilizzazione di certe regioni dell'Africa. Nell'articolo 6 poi « tutte

⁽³⁴⁾ Y. ONUMA, *When was the Law of International Society Born ?*, in «Journal of the History of International Law», 2, 2000, pp. 1-73 che sviluppa le interessanti osservazioni già formulate in *Eurocentrism in the History of International Law*, in Id. (a cura di), *A Normative Approach to War, Peace, War, and Justice in Hugo Grotius*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 371-86; G. W. GONG, *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984. Costituisce sempre un punto di riferimento W. G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984, pp. 520 ss.; ispirato da Grewe l'articolo di H. STEIGER, *From International Law of Christianity to the International Law of the World Citizen. Reflections on the Formation of the Epochs of the History of International Law*, in «Journal of the History of International Law», 3, 2001, pp. 180-193. Tra la storiografia giuridica italiana rappresenta ancora un'eccezione il contributo di S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo*, Milano, Giuffrè, 1999, in part. pp. 103-119. Utili indicazioni sulle ultime tendenze nella storia del diritto internazionale in I. J. UECK, *The Discipline of History of International Law. New Trends and Methods on the History of International Law*, in «Journal of the History of International Law», 3, 2001, pp. 194-217.

⁽³⁵⁾ H. WESSELING, *Verdeel en beers. De deling van Africa, 1880-1914*, Leiden 1991, trad. it. G. Errico, *La spartizione dell'Africa 1880-1914*, Milano, Corbaccio, 2001, p. 162 ss.; ma cfr. soprattutto i saggi raccolti in S. FORSTER, W.J. MOMMSEN, R. ROBINSON (a cura di), *Bismarck, Europe and Africa. The Berlin African Conference, 1884-1885 and the Onset of Partition*, Oxford, University Press, 1988. Sul ruolo dell'Italia vedi T. FILESI, *L'Italia e la Conferenza di Berlino, 1884-1885*, Roma, Istituto italo-africano, 1985; ed in particolare sulla politica coloniale del Mancini, C. ZAGHI, *P.S. Mancini, l'Africa e il problema del mediterraneo 1884-1885*, Roma, Gerardo Casini, 1955; da ultimo l'importante lavoro di N. LABANCA, *Oltremare. Storia dell'espansione coloniale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 48 ss.

le potenze che esercitano un diritto di sovranità o un'influenza nei detti territori » si impegnavano solennemente per la difesa delle popolazioni indigene, per il miglioramento delle loro condizioni morali e materiali, a collaborare per la soppressione della schiavitù, e soprattutto della tratta dei neri, e dichiaravano infine il loro impegno a proteggere e a favorire tutte quelle organizzazioni religiose, scientifiche o caritatevoli « rivolte ad istruire gli indigeni e a far loro comprendere ed apprezzare i vantaggi della civiltà »⁽³⁶⁾.

Da una parte dunque gli stati europei immergevano la difesa del libero commercio e la tutela dei nativi nelle idee moderne di civiltà e di progresso e liberavano, attraverso il ricorso a quelle stesse idee, le pulsioni appropriative della loro politica estera da qualunque freno di carattere costituzionale. Dall'altra essi cominciavano a mettere a punto una riflessione teorica, ad inventare una nuova disciplina giuridica, il diritto coloniale appunto, che aveva in una differenziazione temporale il suo presupposto: il tempo della metropoli non era quello della colonia. La colonia era un scarto temporale, uno spazio marginale che poteva essere investito degli effetti benefici della temporalità moderna e divenire oggetto dei suoi miti, ma la cui storia doveva ancora iniziare o iniziava in quel preciso momento con la colonizzazione europea. Uno spazio quindi che i canoni narrativi performanti e deformanti della modernità metropolitana respingevano e bloccavano in un premoderno senza fine⁽³⁷⁾. E richiamare la temporalità premoderna significava legittimare la costruzione di un sistema amministrativo libero dai vincoli parlamentari e dai lacci dello stato di diritto, e fondare una politica dell'assoggettamento e della differenza che sottoponeva la colonia al dominio pieno e diretto della metropoli e parimenti escludeva le popolazioni indigene dal godimento dei diritti politici, confinandole ancora nella condizione di impuberi senza speranza di crescita⁽³⁸⁾.

(36) *Fontes Historiae Iuris Gentium*, a cura di W. Grewe, vol. 3,1, Berlin-New York, de Gruyter, 1988, p. 297. Una lettura della Conferenza sul Congo come ultima conquista dello *ius publicum europaeum* prima della sua dissoluzione è offerta da SCHMITT, *Il Nomos della terra*, cit., pp. 270-86. Per un commento in presa diretta, E. CATELLANI, *Le colonie e la conferenza di Berlino*, Torino, Utet, 1885, p. 569 ss.

(37) Sul tempo della colonia rinvio a BHABHA, *I luoghi della cultura*, cit., pp. 327-354.

(38) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. vol. 3: La civiltà*

Il diverso livello di civiltà impediva quindi non solo ogni forma di coincidenza tra l'ordinamento giuridico della metropoli con quello della colonia, ma anche ogni ipotesi di raffronto tra i due diversi sistemi. La lente attraverso cui guardare alle esperienze d'oltremare per uno dei più lucidi giuristi italiani del secolo XX, Santi Romano, non poteva essere infatti lo stato costituzionale, cioè una forma di organizzazione politica in cui i poteri fossero separati, ma lo stato patrimoniale, ossia « lo Stato che viveva prima che dello Stato costituzionale. Lo Stato era allora considerato, almeno secondo un'opinione molto diffusa, come oggetto di dominio della potestà del monarca; e quello stesso rapporto che nell'antico Stato patrimoniale si aveva tra principe e Stato, si presenta oggi tra metropoli e colonia » (39).

Alla luce di queste considerazioni « il diritto coloniale — continuava Romano nel suo famoso *Corso di diritto coloniale* — non può costituirsi sulla stessa base e con gli stessi criteri del diritto metropolitano. Esso si riferisce a popolazioni di civiltà meno sviluppata di quella europea, per le quali è compatibile un governo simile a quello vigente presso di noi in epoca più antica, e viceversa non sarebbe possibile adottare i principi del moderno costituzionalismo » (40).

Il discorso giuridico e politico italiano nella sua applicazione coloniale perdeva quindi quei caratteri di generalità e di astrattezza, di scientificità e di apoliticità che rivendicava in patria, e paradossalmente ribadiva la centralità della legge e l'autorità dello stato di diritto ritornando ad un pluralismo normativo e ad un paternalismo autoritario premoderni (41).

liberale, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 476-91; C. PETT, *Il modello coloniale dello Stato di diritto. La Costituzione africana in Guinea*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto: storia, teoria e critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 566-613.

(39) S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, Roma, Athenaeum, 1918, vol. 1, p. 104.

(40) ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 167.

(41) Sul pluralismo giuridico coloniale come strumento di controllo rinvio a M.B. HOOKER, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neocolonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975; L. BENTON, *Law and Colonial Culture. Legal Regimes in World History*, Cambridge, University Press, 2002, pp. 127 ss. Per la prospettiva antropologico-giuridica vedi R. MOTTA, *L'antropologia del diritto: tra storia comparativa delle culture e localizzazione delle strutture giuridiche*, in « Annali dell'Istituto storico italo-

Il diritto coloniale italiano era altro rispetto al diritto della metropoli, non apparteneva esclusivamente alle discipline pubblicistiche, né a quelle privatistiche, era un « diritto eterogeneo », speciale, prevalentemente consuetudinario e aperto alle esperienze giuridiche musulmane ed indigene, « un complesso di disposizioni particolari le quali si distinguono dalle disposizioni che formano il diritto comune dello stato che concerne la metropoli » (42). Un diritto speciale quindi che non poteva, come è ovvio, essere utilizzato per interpretare il diritto della madrepatria, ma poteva da quest'ultimo essere letto e integrato, un diritto infine sempre sul punto di scivolare, nonostante le sottili differenziazioni di Romano, nel paradigma dell'eccezionalità, cioè pronto a sciogliere la dimensione legislativa in quella regolamentare e affidarsi alla violenza del potere militare o amministrativo (43).

I giuristi, tuttavia, cercarono di superare la mancanza di unitarietà, l'eccessiva eterogeneità del diritto coloniale e i suoi tanti compromessi con il piano esecutivo, provarono ugualmente a farne una scienza e a costruire giuridicamente, per il suo tramite, « una coscienza coloniale » (44). La fondazione di una nuova disciplina,

germanico in Trento », 22, 1996, pp. 287-346, in part. pp. 321-46; N. ROULAND, *Les colonisations juridiques: de l'Arctique à l'Afrique noire*, in « Journal of Legal Pluralism », 29, 1990, pp. 39-115; ID., *Anthropologie juridique*, Paris 1988, trad. it. R. Aluffi, *Antropologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 324 ss.

(42) ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 23; sul concetto e sulle fonti del diritto coloniale cfr. anche E. CUCINOTTA, *Diritto coloniale italiano*, Roma, Società. Editrice del « Foro Italiano », 1938, pp. 6-76.

(43) « Il diritto speciale — avvertiva infatti ROMANO, *ivi*, p. 22 — non va confuso con il diritto eccezionale, che è un diritto speciale più accentuato, nel senso che è un diritto, sotto certi punti di vista, anomalo mentre il diritto speciale — come è il diritto coloniale — è un diritto normale, nel senso che presuppone dei rapporti i quali normalmente e di regola richiedono un trattamento giuridico a sé; e quindi è un diritto speciale non quando lo si considera in sé e per sé, ma quando lo si confronta con un altro diritto che regola materie o rapporti simili con disposizioni che hanno una più larga estensione. Il diritto eccezionale invece presuppone che alle regole comuni si venga meno non tanto per la natura intrinseca dei rapporti, quanto per cause e considerazioni straordinarie, che possono essere anche temporanee: tale è, per esempio la legislazione di guerra ». Sullo stato d'eccezione come paradigma di governo vedi G. AGAMBen, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

(44) L'espressione è di U. BORSI, *Principi di diritto coloniale*, Padova, Cedam, 1938, p. 3 che fa risalire la formazione di « una vera e propria coscienza coloniale » al

con le sue riviste, le sue cattedre, i manuali e i compendi ad uso degli studenti avrebbe contribuito all'occultamento ideologico, mediante il suo spostamento sul piano scientifico, della brutale appropriazione dei corpi e delle risorse indigeni ⁽⁴⁵⁾. Attraverso il filtro della scienza giuridica, la missione civilizzatrice italiana si depurava infatti dai segni della violenza e trovava i titoli giuridici che la potessero legittimare e le regole con cui normativizzare i rapporti con i nativi. Nello stesso tempo anche i giuristi potevano partecipare alla narrazione della nazione italiana, al processo di alfabetizzazione dell'opinione pubblica che la letteratura e la pittura avevano brillantemente avviato con l'esaltazione retorica delle battaglie di Dogali e di Adua e che quei « luoghi dell'immagine » come il Museo coloniale le esposizioni coloniali avevano rafforzato ⁽⁴⁶⁾.

tempo dell'occupazione della Libia; utile la lettura anche di pp. 115-57. L'attenzione dei giuristi alla formazione di « una coscienza coloniale » emerge chiaramente dalla dedica di A. MALVEZZI, *La politica indigena delle colonie*, Padova, Cedam, 1933: « dedico questo libro agli amici viventi e scomparsi che hanno meco, da trent'anni, prestato la loro opera, con incrollabile fede, al fine oggi raggiunto, di creare la coscienza coloniale italiana ». Sul punto LABANCA, *Oltremare*, cit., p. 224 ss.

⁽⁴⁵⁾ Testimoniano la nuova sensibilità l'ingresso di tematiche coloniali in periodi giuridici quali « Il Foro italiano », « Il Foro Amministrativo » e la « Rivista di diritto internazionale », la costituzione di riviste interamente dedicate al diritto coloniale, come la « Rivista di legislazione orientale comparata e di diritto coloniale » edita a Napoli dal 1913 al 1914, o le più tarde « Rivista del medio e estremo oriente e giustizia coloniale » (1932-1940), e « Rivista di diritto coloniale » (1938-1942), o il largo spazio riservato alla trattazione di questioni giuridiche in periodici come la « Rivista Coloniale » (1906-1927), poi « Oltremare » (1927-1934), e « Rivista delle colonie italiane » (1927-1934) poi « Rivista delle colonie » (1935-1943), e la « Rivista delle colonie e d'oriente » (1924-1927).

⁽⁴⁶⁾ Cfr. sulla letteratura coloniale G. TOMASELLO, *La letteratura coloniale italiana dalle avanguardie al fascismo*, Palermo, Sellerio, 1984; più recentemente R. SCRIVANO, *Letteratura e colonialismo*, in AA.VV., *Fonti e problemi, della politica coloniale italiana*, Roma, Ministero per i beni culturali, 1996, vol. II, pp. 645-668. In generale sul ruolo del romanzo nella costruzione del discorso coloniale occidentale, in una ormai nutritissima letteratura postcoloniale, vedi sempre il lavoro fondamentale di E. SAID, *Culture and Imperialism*, New York 1993, trad. it. S. Chiarini, e A. TAGLIAVINI, *Cultura e imperialismo. Letteratura e progetto coloniale dell'Occidente*, Roma, Gamberetti, 1998. Per la definizione dell'immaginario coloniale italiano rinvio invece a N. Labanca (a cura di), *L'Africa in vetrina. Storia di Musei e Esposizioni coloniali*, Treviso, Pagus, 1992; A. TRIULZI, *La costruzione dell'immagine dell'Africa e degli africani nell'Italia coloniale*, in A. BURGIO (a cura di), *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d'Italia 1870-1945*,

« Ciò che prima era stato aspirazione di pochi, — scriveva Gennaro Mondaini — tendenza ideologica di partiti, cura lungimirante di statisti o di governi, l'idea coloniale, cominciava ormai ad albergare nella coscienza collettiva della nazione e trovava alimento nuovo di vita nelle stesse vicende interne del paese, nel travaglio delle lotte politiche e sociali del dopoguerra italiano, nelle negazioni del comunismo, come nell'esaltazione del nazionalismo, come nella politica del fascismo » (47).

Il discorso giuridico iniziò quindi a costruire il suo oggetto, ma si preoccupò più che della descrizione e comprensione della realtà coloniale, della definizione dell'io e dell'identità nazionale, spingendo alla mobilitazione della società interna affinché condividesse e partecipasse al progetto espansionistico prima liberale e poi fascista. Al ceto dei giuristi e alla razionalità della legge si riconobbe un ruolo fondamentale per la riorganizzazione amministrativa delle colonie, per la loro normalizzazione e per stringere centro e periferia in vincoli di dipendenza più saldi di quelli che poteva assicurare il potere militare (48). E ancora, al diritto e al suo sistema sociolinguistico di giustificazione della realtà, si affidò il compito di rappresentare oltremare la modernità Occidentale, intessuta delle immagini della codificazione e dello stato-nazione, di mettere in scena la sua universale forza liberatrice e la potenza dell'individuo-soggetto, ma anche di imporre un nuovo ordine morale e di attivare

Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 165-81; AA.VV., *Film d'Africa. Film italiani prima, durante e dopo l'avventura coloniale*, Torino, Archivio nazionale cinematografico della Resistenza, 1999.

(47) G. MONDAINI, *Manuale di storia e legislazione coloniale del Regno d'Italia*, Roma, Attilio Sampaolesi, 1927, parte I, *Storia coloniale*, p. 629, ma vedi anche p. 619 ss.; cfr. G. CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, Milano, Giuffrè, 1984, cui si rinvia per un'attenta (e pionieristica) riflessione sulle regole discorsive che presiedettero alla retorica coloniale del linguaggio giuridico. Si ricordi che Gennaro Mondaini, nominato libero docente di diritto e storia coloniale nel 1906 presso la Regia Università di Pavia, fu il primo a tenere un corso di diritto coloniale; a questo seguirono nel 1907 i corsi di Catellani e poi nel 1909 di Ciamarra. La prima cattedra di legislazione coloniale fu istituita invece a Napoli nel 1916 presso il Regio Istituto Orientale e assegnata ad Angiolo Mori, cfr. M. SAGÙ, *Alle origini della scienza del diritto coloniale in Italia*, in « Clio », 24, 1988, n. 4, pp. 557-593.

(48) Cfr. il bilancio tracciato da C. GHISALBERTI, *Per una storia delle istituzioni coloniali italiane*, in AA.VV., *Fonti e problemi*, cit., vol. 1, pp. 379-412.

quelle antiche categorie gius-politiche come la guerra giusta, sempre attuali per punire chi osasse rifiutare o soltanto resistere alla avanzata della civiltà europea.

Giuristi, amministratori coloniali, militari imbrigliarono spazi e soggettività in una rete testuale di leggi, regolamenti, ordinamenti giudiziari, provvedimenti amministrativi e decisioni giurisprudenziali. Minuziose normative che scandirono ad un'altra velocità il tempo della vita in colonia, declinarono il diritto di cittadinanza dei nuovi sudditi, o ne sancirono l'esclusione, assorbirono usi e consuetudini locali, e infine si aprirono ad un sistema penale alternativo alle garanzie del codice Zanardelli, fondato su un doppio sistema punitivo affidato al pragmatismo repressivo dei giudici coloniali, solo dal 1930 sostenuto dall'autoritarismo del codice Rocco e dal 1936 apertamente informato da una ideologia razzista ⁽⁴⁹⁾.

3. *Soggetti giuridici e sudditi coloniali.*

Per la tessitura della fitta trama di relazioni tra il sistema codicistico italiano, civile e ordinato, e quello fluido e consuetudinario delle colonie, non ordinato e incivile, e per l'individuazione della posizione giuridica che in essa avrebbero dovuto occupare le nuove popolazioni indigene non fu necessario attendere l'avvento del regime fascista ⁽⁵⁰⁾. Sin dagli anni immediatamente successivi

⁽⁴⁹⁾ L. MARTONE, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Napoli, Jovene, 2002, p. 310 ss.

⁽⁵⁰⁾ Solo all'indomani della prima guerra mondiale, e poi con l'avvento fascismo, si assistette però ad un profondo e definitivo ripensamento dell'ordine spaziale esistente e all'edificazione di uno stato coloniale come forma di intervento dello stato nella società che abbattesse definitivamente le barriere tra ordine giuridico e ordine politico e li riconducesse, mediante l'estensione di una normativa fascista, all'interno di un paradigma unitario. Si trattò di una trasformazione significativa che produsse i suoi effetti anche all'interno della corporazione dei giuristi determinandone una mutazione antropologica. In Africa, o nella lontana Tanjin, nell'Egeo o in Albania si dissolse la contrapposizione tra giurista militante e la figura più tradizionale di giurista 'liberale', che in patria ancora resisteva, di un giurista cioè certamente non antifascista o anche solo a-fascista, ma che « continuava ad organizzare le proprie strategie discorsive senza avvalersi di un riferimento esplicito o implicito all'una o all'altra politica, il giurista cioè che non rifiutava l'ideologia fascista, ma non accettava il collegamento che essa poneva

all'occupazione della colonia Eritrea gli stereotipi inventati nella metropoli costruirono nelle colonie la soggettività altra, mentre i testi normativi e i paradigmi giuridici della scienza del diritto liberale furono piegati per normalizzare e naturalizzare le differenze razziali e culturali che connotavano gli stereotipi stessi, garantendo una migliore definizione dell'altro da sé e un più profondo disciplinamento nel corpo e nell'anima. L'Eritrea, « colonia primigenia », e la storia sospesa dei suoi codici costituiscono così un ottimo angolo di osservazione per seguire i primi passi del soggetto giuridico coloniale e il dispiegarsi delle strategie di controllo e delle tecnologie disciplinari impiegate dai giuristi al fine di creare e assoggettare il soggetto indigeno, in altri termini per la sua inclusione nella testualità giuridica italiana mediante una sostanziale, continuata esclusione.

Come è noto, i « codici e le leggi italiane » sbarcarono in Africa nel 1882, prima ancora che l'Eritrea fosse costituita come colonia, ma se ne limitò l'applicazione solo ai cittadini italiani « quanto ai rapporti di cittadinanza, di famiglia e di stato civile, alle successioni, e generalmente in tutto quello a cui non sia derogato dalle speciali norme legislative ed amministrative emanate per la colonia di Assab » ⁽⁵¹⁾. Nella colonia infatti l'esecutivo recuperava il potere di scandire i tempi della vita quotidiana, di ordinare le esperienze per costruire il tessuto economico, politico, legislativo, amministrativo e giudiziario, riaffermando una centralità che sembrava essergli stata definitivamente sottratta con l'avvento della modernità e dello stato di diritto. L'ordinamento costituzionale dell'Eritrea dipendeva dal ministero degli Esteri. Ad esso il parlamento aveva conferito la

tra contenuti ideologici e strategie disciplinari », P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 125 ss.; A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo*, in ID. (a cura di), *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 1-19; nello stesso volume anche L. NUZZO, *Italiani in Cina: la concessione di Tientsin*, pp. 255-80.

⁽⁵¹⁾ Legge concernente i provvedimenti per Assab, 5.7.1882, n. 857, art. 3, in *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del regno d'Italia*, vol. 66, Roma, Stamperia Reale, 1882, pp. 2245-50. Sul Regolamento giudiziario del 1886 che seguì a questa legge, cd. Regolamento Celli dal nome del magistrato che lo redasse, vedi A. VOLTERRA, *Amministrazione e giustizia alle origini della Colonia Eritrea (1882-1886)*, in « Clio », 31, 1995, 2, pp. 213-21.

facoltà di emanare i provvedimenti più opportuni in relazione alle specifiche condizioni locali e di adattare le leggi già esistenti attraverso il richiamo all'antica categoria dell'esperienza come criterio per la regolamentazione dei conflitti (L. 5.7.1882, n. 857, art. 2).

Il centro nella sua proiezione coloniale ricorreva ad un'altra matrice spazio temporale, ammetteva l'esistenza di un ordine giuridico diverso, ma nello stesso tempo interno al superiore ordinamento generale dello stato, di cui costituiva un elemento non in grado di incrinarne l'unità. Ciò permetteva la dilatazione delle competenze dell'esecutivo, alla cui sensibilità si affidava l'applicazione delle leggi e dei codici del regno, e il diritto delle popolazioni indigene di ricorrere — nel rispetto dei superiori principi della « morale universale » e dell'ordine pubblico « per quanto concerne il loro statuto personale, i rapporti di famiglia, i matrimoni, le successioni, e tutte le relazioni di diritto privato » — alle proprie consuetudini e alle proprie magistrature (art. 3 ⁽⁵²⁾).

Ma attenzione era sempre il centro che costruiva le sue periferie e ne orientava la scala dei valori, permettendo che i codici, monumenti testuali della razionalità e della statualità italiana, mantenessero inalterata la loro forza simbolica e continuassero ad illuminare della civiltà giuridica anche le popolazioni indigene e gli stranieri. Essi non solo regolavano le controversie tra cittadini italiani, ma proiettavano la loro efficacia anche sulle relazioni giuridiche e sulle contrattazioni tra italiani e indigeni, « o con individui di straniera nazionalità », tra stranieri, « ovvero tra indigeni e stranieri » (art. 3).

L'istituzione formale della colonia, otto anni dopo, non modificò sostanzialmente il regime di validità dei codici che la giurisprudenza continuò ad applicare in virtù della legge prima citata, ma i problemi non mancarono. Le ambiguità del primo articolo della legge fondamentale del 1890 con cui si « autorizzava il governo a pubblicare nella colonia le leggi civili e penali del regno,

⁽⁵²⁾ Con lo stesso art. 3 si attribuiva al Regio Commissario la competenza a nominare « il magistrato, dottore nella legge musulmana (cadi) » e si precisava che anche le magistrature indigene avrebbero amministrato la giustizia nel nome del re d'Italia.

con quelle modificazioni, che crederà richieste dalle condizioni locali e che non riguardino lo stato personale e di famiglia dei cittadini italiani »⁽⁵³⁾, fecero dubitare della validità stessa dei codici in Eritrea a causa della mancata pubblicazione sul Bollettino ufficiale della colonia, e alimentarono un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'obbligatorietà di rendere pubblici in colonia solo i provvedimenti normativi successivi al 1890 o anche quelli emanati precedentemente⁽⁵⁴⁾.

(53) Legge che dà facoltà al governo del Re di emanare alcune leggi dello Stato nella Colonia Eritrea, 1.7.1890, n. 7003, art. 1, in *Raccolta ufficiale*, cit., vol. 98 (1990), pp. 3101-3103. Il governo aveva inoltre (sempre art. 1) la facoltà di emanare le leggi che concernessero: « lo stato personale degli indigeni e le loro relazioni di diritto privato; le condizioni della proprietà immobiliare; i rapporti di diritto, tra italiani, stranieri e indigeni; gli ordinamenti locali della giustizia, della polizia e dell'amministrazione finanziaria, civile e militare in quanto non importino una spesa a carico del bilancio generale dello Stato ». Nel 1894 con il R.D., 22.5.1894, n. 251 si provvede al « riordino giudiziario della Colonia Eritrea », in *Raccolta ufficiale*, cit., vol. 1 (1894), pp. 1018-1079. Le facoltà concesse al governo in ordine alla pubblicazione delle leggi sarebbero dovute scadere il 31.12.1899 (art. 6) ma furono prorogate di un anno con la legge 24.12.1899, n. 460, e fino al 30.6.1901 con la legge 23.12.1900, n. 442; cfr. A. BRUNIALTI, *Colonia Eritrea*, in *Il Digesto italiano*, vol. VII, part. II, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1897-1902, p. 661 ss.; L. DE GREGORIO BRUNACCINI, *Osservazioni sull'attuale ordinamento della giustizia nella colonia Eritrea*, Palermo, Vizzi, 1895; W. CAFFAREL, *La codificazione del diritto eritreo*, in « Rivista Coloniale », 4, 1909, 4, pp. 129-132; vedi sempre A. AQUARONE, *Ferdinando Martini e l'amministrazione dell'Eritrea*, in ID., *Dopo Adua. Politica e amministrazione coloniale*, a cura di L. De Courten, Roma, Ministero per i beni culturali, 1989, pp. 218-219; e M.L. SAGÙ, *Sui tentativi di codificazione per la Colonia Eritrea*, in « Clio », 22, 1986, 4, pp. 567-616.

(54) Sull'inutilità della pubblicazione dei codici e sul loro costante utilizzo in Eritrea da parte della giurisprudenza R. FALCONE, *Relazione letta nell'udienza inaugurale del 22 gennaio 1903 al Tribunale d'appello della Colonia Eritrea* (allegato n. 22), in *Atti parlamentari*, leg. XXIII, sess. 1909-1913, Camera dei deputati, Allegati alla relazione sulla colonia Eritrea di Ferdinando Martini (esercizi 1902-1907), Roma, Tipografia della Camera, 1913, pp. 249-52; diffusamente F. MARTINI, *Colonia Eritrea*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 3, part. II, Milano, Società editrice libraria, 1913, p. 49 ss. In ambito giurisprudenziale se il Tribunale di Massaua (23.2.1899) e la Cassazione di Roma (21.12.1901) avevano escluso che l'efficacia in colonia di una legge italiana fosse subordinata alla sua pubblicazione nella colonia stessa (rispettivamente « Foro Italiano », 1899, I, p. 431 ss. e 1902, I, p. 1 ss.) un'altra sentenza della Corte di Cassazione di Roma (4.12.1901) e una successiva pronuncia della IV sezione del Consiglio di Stato (30.5.1902) difesero la tesi opposta (sempre in « Foro Italiano », 1901, I, p. 301 ss.; e 1902, III, p. 89 ss).

Il problema fu formalmente risolto solo nel 1903, ormai vent'anni dopo la regolamentazione legislativa dei primi insediamenti sul Mar Rosso, quando, con un'altra legge 'costituzionale', si stabilì che entro 18 mesi si sarebbero dovuti promulgare, con i relativi regolamenti, tutti i codici in vigore, e si attribuì al governo la possibilità di inserire nei testi normativi quelle modifiche rese necessarie dalle diverse esigenze locali, di estendere leggi e regolamenti del regno e di promulgarne di nuove, di provvedere alla regolamentazione delle relazioni giuridiche tra cittadini, sudditi coloniali, stranieri e assimilati, e infine di lasciare che lo stato personale degli indigeni e le loro relazioni di diritto privato fossero regolate « secondo le consuetudini locali, le religioni, le razze »⁽⁵⁵⁾. L'unica condizione alla quale si subordinava l'amplessima attività legislativa del governo era la pubblicazione dei provvedimenti normativi, posteriori alla promulgazione della legge in esame, sul Bollettino ufficiale della colonia, mentre per quelli anteriori se ne vincolava l'efficacia al loro inserimento in una raccolta di leggi e decreti da compilarli a cura del governo sempre nel termine di diciotto mesi⁽⁵⁶⁾.

Ciò significava negare, ormai senza alcun infingimento, qualunque vigenza al principio di territorialità della legge e costituzionalizzare l'esistenza di legislazioni personali modellate sui differenti *status* che segnavano gli abitanti della colonia.

L'Eritrea non era parte integrante del territorio italiano, ma non per questo non si esercitava su di essa la piena sovranità della

⁽⁵⁵⁾ Legge portante l'ordinamento della Colonia Eritrea, 24.5.1903, n. 205, artt. 2, 3, 4, in *Raccolta ufficiale*, cit., vol. 1 (1903), pp. 1138-1146. Rimaneva salvo il principio (art. 3), già espresso nelle leggi precedentemente esaminate, che l'eventuale promulgazione da parte del governo di nuove leggi per la colonia, sentiti il governatore e il consiglio coloniale, al fine di adeguare le leggi già in vigore nel regno alle esigenze locali, non potesse riguardare lo stato personale e di famiglia degli italiani.

⁽⁵⁶⁾ Al governo si affidava inoltre il compito di curare, entro due anni dalla promulgazione della legge, « la compilazione e la pubblicazione di una raccolta di tutti gli atti dell'autorità pubblica in vigore nella colonia, e la distribuzione della medesima ai membri dei due rami del Parlamento. Saranno messi a disposizione dei membri del Parlamento nei rispettivi archivi i fascicoli del Bollettino ufficiale della colonia Eritrea entro il più breve tempo possibile dopo la loro pubblicazione nella colonia. Tutti i decreti reali concernenti la colonia Eritrea saranno pubblicati nella raccolta delle leggi e dei decreti del Regno » (L. 24.5.1903, n. 205, art. 13).

Corona, né quei possedimenti africani non appartenevano al suo dominio diretto. Lo spazio coloniale era infatti uno spazio sospeso tra quello della metropoli e quello degli stati stranieri, uno spazio molteplice che legittimava valutazioni e legislazioni differenti a seconda della diversa natura delle colonie stesse. Un'appendice, un frammento non essenziale dello Stato, scrive Santi Romano, oggetto di un suo singolare « diritto reale pubblicistico », giustificato semanticamente dal comune utilizzo dei termini possedimenti o domini per indicare le colonie e storicamente per l'affinità tra il diritto coloniale e l'ordinamento giuridico dello stato di antico regime. « Lo Stato patrimoniale, era infatti, concepito, almeno in un certo senso e secondo un'opinione diffusa, come oggetto di un diritto del sovrano: così pure la colonia si concepisce come un diritto di natura patrimoniale » (57).

Non solo, a territori differenti corrispondevano circuiti normativi e destinatari differenti. In Eritrea operavano, come si è visto, due sistemi normativi: uno per italiani e stranieri, e un altro per indigeni e assimilati; scandivano il tempo due matrici politico-giuridiche diverse: quella del potere legislativo, delle leggi e dei codici, e quella del potere esecutivo, delle consuetudini, dei regolamenti e dei provvedimenti amministrativi; e si muovevano due soggettività distinte: i soggetti giuridici (e gli stranieri occidentali) e i sudditi coloniali (e gli assimilati (58)).

(57) ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 123; ma vedi tutto il cap. VI, pp. 114-123; dello stesso autore cfr. anche *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 180-185; BORSI, *Principi di diritto coloniale*, cit., pp. 221-26. Per una interpretazione del territorio coloniale come territorio extrastatutario v. Cass. Roma, 4.12.1901, in « Foro italiano », 1901, I, p. 1393 ss.; e Cass. Roma, 21.5.1907, in « Foro italiano », 1907, II, pp. 426-32.

(58) Per D'AMELIO, *Colonia Eritrea*, cit., p. 1054, però « la duplice legislazione non poteva essere integralmente né quella italiana, né quella delle varie razze indigene, giacché la prima non si adatta completamente alla vita giuridica degli italiani in colonia, e la seconda è in uno stato di continua trasformazione, sia per il trasformarsi delle condizioni sociali degli indigeni e sia per le esigenze della nostra civiltà, che non permettono di mantenere alcune parti delle leggi consuetudinarie locali ». Era necessario quindi, nel rispetto delle direttive fissate dalla legge 1903 procedere alla costruzione di un diritto comune italo-eritreo attraverso la redazione di codici appositamente adattati alle esigenze del territorio, lo studio e la codificazione dei diritti consuetudinari indigeni, la pubblicazione di norme speciali per regolamentare le relazioni con le popolazioni indigene.

Anche il suddito della colonia Eritrea, come lo spazio che determinava la sua esistenza istituzionale, era una soggettività sospesa, incerta tra il cittadino e lo straniero, che poteva essere individuata innanzitutto attraverso un'assenza: la mancanza oggettiva di uno *status* giuridicamente riconosciuto. Si potrebbe infatti rispondere a Giuseppe Solinas de Logu che nel 1912 si chiedeva « cosa fosse giuridicamente un indigeno » che quest'ultimo semplicemente non era ⁽⁵⁹⁾. Non era cittadino italiano, né di uno stato straniero, ma solo un suddito della colonia nella quale era nato, o nella quale viveva la tribù o la stirpe cui apparteneva. La sudditanza coloniale, nel testo fondamentale del 1908 sull'ordinamento giudiziario, si modellava infatti sull'esempio della cittadinanza, richiedendo come per il cittadino, per configurare l'ipotesi di « cittadinanza originaria », la sussistenza degli elementi positivi dello *ius soli* e dello *ius sanguinis*, ma si concedeva anche una « cittadinanza non originaria », per ragioni premiali ed esigenze di popolamento, a coloro che avessero prestato « servizio stabile » presso la pubblica amministrazione o fissato la residenza nella colonia « da due anni non interrotti » ⁽⁶⁰⁾.

Nella legge non vi sono altri articoli che possano aiutarci a mettere ulteriormente a fuoco la categoria del suddito coloniale, se non una fugace definizione di coloro che venivano ad esso « assimilati ». Uno *status* ambiguo che dipendeva dal complemento di termine cui necessariamente doveva riferirsi e che già era comparso, ma con un significato del tutto differente, nel 1894, in un precedente decreto sull'ordinamento giudiziario della colonia. In esso il participio sostantivato assimilati comprendeva « gli egiziani, i siriani, gli americani,

⁽⁵⁹⁾ G. SOLINAS DE LOGU, *Condizione giuridica e politica degli indigeni nella colonia Eritrea*, Sassari, Tipografia G. Dessì, 1912, p. 14; per una sintesi del dibattito dottrinario e un quadro dei provvedimenti normativi vedi E. CAPUZZO, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana dell'Italia liberale*, in « Clio », 31, 1995, 1, pp. 65-95.

⁽⁶⁰⁾ Regio decreto che approva l'ordinamento della Colonia Eritrea, 2.7.1908, n. 325, art. 2, in *Raccolta ufficiale*, cit., vol. 1 (1908), p. 2812. Il progetto fu redatto da Walter Cafferel che ne stese la Relazione, in *Atti parlamentari*, leg. XXIII, sess. 1909-1913, cit., (allegato, n. 36), pp. 774-89; cfr. ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., pp. 131-32; BORSI, *Principi di diritto coloniale*, cit., pp. 226-37; A. CICCHITTI, *Cittadinanza e sudditanza nella legislazione coloniale italiana*, Tivoli, Arti grafiche di A. Chicca, pp. 1-47 (estratto da « Rivista coloniale », 21, 1924, 1).

gli australiani ed in genere chiunque appartenga a stirpi originarie d'Europa le quali abbiano con gli europei somiglianza di civiltà »⁽⁶¹⁾. Nel 1908 l'assimilato sembra essere cambiato. È divenuto uno *status* 'limite' costruito, come la sudditanza coloniale, in negativo, utile per ricomprendere tutti coloro « che non sono cittadini italiani, o stranieri né sudditi coloniali, e soprattutto che non hanno civiltà in grado simile a quella europea » (art. 2). Uno *status* dichiaratamente individuato per un deficit di civiltà e, a mio avviso, sapientemente utilizzato per testualizzare nel nuovo ordinamento giudiziario l'inferiorità razziale delle popolazioni indigene, per ordinare legalmente la società coloniale e infine per attivare i diversi ordinamenti giuridici della colonia.

Era la civiltà infatti che riservava ai cittadini italiani e agli stranieri occidentali l'applicazione, da parte delle autorità giudiziarie della colonia, dei codici e « delle leggi che dovrebbero essere applicate in Italia », che affidava invece inesorabilmente i sudditi coloniali e le loro controversie ai capi indigeni e alle autorità amministrative, e che filtrava nel rispetto del superiore « spirito della legislazione » le consuetudini razziali⁽⁶²⁾.

Anche nel *Disegno di codice civile per la colonia Eritrea*, che nel rispetto delle linee tracciate dalla legge fondamentale del 1903 e nelle aspirazioni del suo principale sostenitore Ferdinando Martini⁽⁶³⁾ avrebbe dovuto costituire il diritto comune della colonia, si parla di civiltà e con grande chiarezza si affida ad esso il compito

(61) Regio Decreto portante il riordino giudiziario della Colonia Eritrea, 22.5.1894, n. 201, art. 113, in *Raccolta ufficiale*, cit., p. 1078.

(62) Nel primo caso l'amministrazione della giustizia era affidata ai conciliatori, ai giudici della colonia, al tribunale della colonia, alla corte d'assise, alla corte di appello di Roma, e alla corte di cassazione di Roma; nel secondo ai capi indigeni di villaggio o di distretto nominati dal governatore, ai commissari regionali, ai tribunali di commissariato, al governatore; cfr. gli articoli ricompresi nei titoli II e III del R.D. 5.6.1908, n. 325, cit., pp. 2820-2835.

(63) Martini aveva nominato con un decreto governatoriale il 30.3.1903 una commissione per la preparazione dei progetti dei codici, composta dai quattro magistrati che risiedevano in Colonia, D'Amelio, Falcone, Caffarel, Marongiu, due avvocati, Cagnassi e Pitò e dal cancelliere del Tribunale Conciatori in qualità di segretario. Un anno e mezzo dopo i progetti furono presentati al governatore e da quest'ultimo pubblicati e trasmessi al governo per essere sottoposti all'esame del Consiglio coloniale, cfr. F. MARTINI, *Relazione sulla colonia Eritrea*, in *Atti parlamentari*, leg. XXIII, sess. 1909-1913, cit., vol. I, pp. 83-84; D'AMELIO, *Colonia Eritrea*, cit., p. 1054-55.

di differenziare gli italiani dagli indigeni, cioè i cittadini dagli « individui di civiltà inferiore all'europa del continente africano e delle altre regioni del Mar Rosso » (64). Nel testo però questi ultimi non sono ancora dei sudditi, ma vengono definiti « soggetti italiani ». Soggettività italiane, dove soggetto, nonostante le precisazioni dei commissari contenute nella *Relazione sommaria* che accompagnava il *Disegno*, esprimeva più che l'immagine dell'individuo titolare di diritti, la semantica latina di *subiectus*, indicando quindi colui che è sottoposto, assoggettato ad un Padre e una Legge, cioè alle autorità italiane, al suo apparato giudiziario, burocratico e militare, e all'applicazione delle consuetudini indigene cui esso avrebbe provveduto a 'tradurre' e assicurare (65).

Le leggi, i regolamenti, la giurisprudenza, la rilettura delle antiche consuetudini in base ai nuovi valori, o il semplice riferimento al re nel cui nome anche i capi indigeni amministravano la giustizia, avrebbero contribuito a trasformare l'Eritrea in un territorio normalizzato e razionalizzato dalle logiche della discorsività giuridica, e ad inserire il « soggetto italiano » nelle trame vischiose di un regime familiare dominato dalla figura del Padre (66).

(64) *Disegno di codice civile da pubblicarsi nella colonia Eritrea*, Roma, Tipografia dell'Unione Cooperativa Editrice, 1905, art. 3. Le incertezze che seguirono alla esatta determinazione dell'assimilato portarono la Commissione per la riforma dei codici « a capovolgere i termini del problema » e ritenere più opportuno offrire la definizione di indigeno, v. *Relazione sommaria della Commissione*, (segue con numerazione di pagine autonoma il *Disegno* già citato), p. 8. Nell'art. 6 si precisava poi che « Il soggetto e l'assimilato godono dei diritti civili con le modificazioni stabilite dalla legge ».

(65) *Relazione sommaria della Commissione*, cit., p. 9 in cui si legge « quanto alla parola soggetto che è stata adottata per tutti i codici, e che deve essere osservata in tutta la legislazione eritrea, occorre appena avvertire che essa è tratta dalla legislazione francese; e mentre designa con denominazione propria l'indigeno, elimina ogni equivoco che produrrebbero i termini 'indigeni', 'sudditi', 'naturali', o 'individui di colore' adoperati da altra legislazione e da qualche regolamento della colonia ».

(66) Sul paternalismo africano e sul carattere paternalistico della politica italiana fino al 1932 cfr. T. NEGASH, *Italian Colonialism in Eritrea. Policies, Praxis and Impact*, Uppsala, University Press, 1987, pp. 95-108, secondo cui esso può essere definito come « the exercise of power over a colonized people through regulations designed eventually to assist the colonized into party with the paternalist power. Implicit to paternalist mentality was the conviction of cultural superiority of the colonizing power, and the subsequent conviction that the colonial power possessed not only the might but also the right to speak for those whose tutelage it has the duty to protect » (p. 95).

L'unità della figura paterna e della sua Legge giustificavano anche l'inapplicabilità nei confronti degli indigeni del principio della separazione dei poteri e le competenze giudiziarie attribuite all'esecutivo. La « psicologia semplicistica » delle popolazioni eritree non avrebbe compreso, secondo Solinas de Logu, le separazioni funzionali tra i diversi poteri dello stato. Il « Potere », come l'idea di famiglia dalla quale promanava, era infatti unico e doveva imporsi indistintamente in ogni materia ⁽⁶⁷⁾. Inoltre, non deve dimenticarsi che in una struttura discorsiva modellata sul paradigma della civiltà solo all'interno della famiglia e in virtù del costante contatto tra colonizzatori e colonizzati era pensabile la crescita intellettuale e morale dell'indigeno e il suo accesso alla testualità giuridica italiana ⁽⁶⁸⁾. Qualora avesse dimostrato di esserne degno, di avere cioè raggiunto un elevato grado di civilizzazione, egli avrebbe potuto varcare la soglia della Legge, la sua esistenza cioè sarebbe stata oggetto dei codici della potenza occupante, ricostruendosi in maniera soddisfacente quella appartenenza al testo che Pierre Legendre ha suggestivamente chiamato « sotto-missione che cammina » ⁽⁶⁹⁾. Quindi, come « i negri » educati a Oxford « che portano con eleganza lo smoking nei ritrovi più esclusivi di Londra » o « quelli che frequentano con la stessa *aisance* dei Francesi, i *cabarets* di Parigi », così l'educazione ai valori italiani avrebbe fornito agli eritrei l'opportunità di ottenere la naturalizzazione italiana, e di acquisire con decreto del governatore, a titolo

⁽⁶⁷⁾ SOLINAS DE LOGU, *Condizione giuridica e politica degli indigeni*, cit., pp. 10-11. Nonostante le attenzioni 'affettuose' garantite dall'inserimento degli indigeni all'interno di un rapporto familiare, E. CATELLANI, *La protezione dei diritti privati degli indigeni nella colonizzazione africana*, in « Rivista delle Colonie », 5, 1908, pp. 500-46, riteneva che si sarebbe continuato a manifestare « anche nell'età matura delle colonie » una « Kinderkrankheit », quasi una sorta di debolezza congenita dovuta a un'insuperabile minore età di quei territori e di quelle popolazioni che avrebbe dovuto impegnare maggiormente gli stati europei nella tutela dei loro diritti.

⁽⁶⁸⁾ « La fede nella indefinita possibilità dell'evoluzione umana — scriveva MALVEZZI, *La politica indigena nelle colonie*, cit., p. 31 — comporta il convincimento che la educazione, secondo i metodi nostri, sia sufficiente per trasformare una popolazione di civiltà diversa dalla nostra fino ad identificarsi con noi. Non abbiamo l'esempio del fanciullo? Lasciato nello stato naturale cede all'istinto e rimane selvatico; educato cresce da uomo civile ».

⁽⁶⁹⁾ LEGENDRE, *Sur la question dogmatique*, cit.

personale e in maniera non trasmissibile, l'esercizio dei diritti civili (70).

Il pericolo di un'attrazione dell'indigeno verso il testo, o addirittura la scoperta o la rivendicazione del rapporto di filiazione che lo legava ad esso come rapporto di legalità con il discorso vero dell'Occidente imponeva però l'adozione di cautele ulteriori rispetto a quelle offerte dalla previsione di una pluralità di ordini normativi. Il mantenimento della legislazione indigena, per ciò che riguardava il loro statuto personale, continuava certo ad offrire una buona protezione riproducendo nel discorso giuridico l'immagine condivisa degli eritrei « come gente meno evoluta », che viveva in un altro spazio temporale e che come tale aveva bisogno di leggi più semplici, meno formali, « generose di tutela da parte dell'autorità, più confacenti al diritto naturale e alle loro attuali condizioni sociali » (71). O, ancora, permetteva che fosse « l'equità dell'ordinamento giuridico » italiano a presiedere questa normativa privilegiata, a giustificare le deroghe nel godimento dei diritti civili che gli indigeni avrebbero subito e a rendere naturale l'affidamento delle loro controversie a funzionari amministrativi o la reintroduzione nei loro confronti della pena di morte (72). Tuttavia, la possibile

(70) *Disegno di codice civile*, cit., art. 19 secondo cui era necessario « il concorso di speciali condizioni o qualità personali, o benemerienze o servizi resi ». Il passo citato nel testo è sempre di MALVEZZI, *La politica indigena nelle colonie*, cit., pp. 31-32.

(71) *Relazione sommaria*, cit., p. 9. Dalla metà degli anni trenta, però, la contrapposizione tra il « costume indigeno e quello metropolitano » e tra le rispettive « coscienze giuridiche », divenne un'antitesi irrisolvibile, vedi ancora il lavoro di MALVEZZI, *ivi*, pp. 87-141; 243 ss.; I. PAPINI, *La condizione giuridica delle popolazioni nelle colonie italiane*, in « Rivista delle colonie italiane », 8, 1934, 2, pp. 82-95, in part. 87-89; G. MONDAINI, *Il problema della cittadinanza ai sudditi coloniali*, in « Rivista delle colonie », 13, 1939, 1, pp. 51-74; A.E. FOLCHI, *Cittadinanza e sudditanza nell'espansione imperiale italiana*; e A. CORDOVA, *Diritto coloniale e cittadinanza coloniale*, in « Rivista di diritto pubblico », 31, 1939, rispettivamente pp. 53-69; 642-50.

(72) Nell'ipotesi di controversie giudiziarie tra cittadini e sudditi il principio generale della prevalenza della legislazione italiana poteva essere derogato su richiesta del cittadino quando lo statuto personale del soggetto (o dell'assimilato) « abbia norme a lui più favorevoli, ma non contrarie all'ordine pubblico o alla morale », *Disegno di codice civile*, cit., Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione della legge in generale, art. 6; sulle difficoltà di applicazione del codice Zanardelli nei territori africani e sulla necessità di adattare la penalità italiana agli indigeni, vedi MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., pp. 19-33.

esistenza di soggetti naturalizzati in virtù dell'art. 19 del *Disegno di legge* aveva complicato pericolosamente le rappresentazioni dell'alterità coloniale, individuando nell'indigeno non più solo una negazione del soggetto giuridico, un suo chiaro *oppositum* logico confinato all'interno di società tribali, ma anche un elemento di forte ambiguità che cominciava a vivere dentro il soggetto occidentale e a dividerne razionalità, aspirazioni e financo le 'donne'.

Nella versione definitiva del Codice civile eritreo cadde infatti, nei confronti dell'indigeno naturalizzato, il divieto di sposare una donna cittadina o straniera introdotto dall'art. 74 del progetto e che Ranieri Falcone vedeva come la giusta proibizione « in difesa dell'eterno femminile bianco ». Il matrimonio fra donna bianca ed indigeno — avvertiva il magistrato nel discorso letto all'assemblea generale del Tribunale d'Appello di Asmara nel 1905 — « non sarebbe nuovo in colonia, e potrebbe con il tempo, diventare frequente. Tale previsione forse non piace alle gentili ascoltatrici, ma dell'essere loro sgradita io appunto mi consolo come di sicuro segno che esse approvano la tesi della proibizione. In colonia, dunque, si ebbero due casi e non fra donne del popolo. Le coppie, pregate, ebbero la cortesia di emigrare perché il loro esempio non trovasse imitatori » (73).

(73) R. FALCONE, *L'amministrazione della giustizia nella Colonia Eritrea*, Resoconto letto nel dì 23.1.1905 dal Procuratore del Re all'assemblea generale del Tribunale d'Appello sedente in Asmara, in *Atti parlamentari*, leg. XXIII, sess. 1909-1913, cit., (allegato, n. 24), pp. 309-24. Le ragioni che portavano il magistrato, membro della stessa Commissione per la riforma dei codici, a sostenere la necessità di proibire solo i matrimoni tra indigeno e cittadina riposavano sulla perdita di dignità della razza bianca e sulla degenerazione che avrebbe subito la donna a contatto con una civiltà inferiore. E soprattutto sul pericolo che avrebbe corso la prole nata da quelle unioni. Infatti « mentre i meticci, il cui padre è bianco, produrranno, mercè futuri incrociamenti, figliuoli sempre più simili al loro capostipite bianco, fino al punto che la loro prole avrà un giorno caratteri perfettamente europei; i meticci il cui padre è indigeno e la madre un' europea, produrranno figliuoli sempre più simili al loro padre, fino a tanto che ogni carattere differenziale sparirà, e la prole ritornerà perfettamente indigena », p. 323. Per un attento esame delle strategie discorsive impiegate da Falcone e in generale sulle politiche sessuali dell'Italia liberale e fascista rinvio a B. SORGONI, *Parole e corpi. Antropologia, discorso giuridico e politiche sessuali interraziali nella colonia Eritrea*, Napoli, Liguori, 1998, pp. 101 ss.; v. anche G. BARRERA, *Patrilinearità, razza e identità: l'educazione degli italo-eritrei durante il colonialismo italiano (1885-1934)*, in « Quaderni storici », 109, 2002, *La colonia: italiani in Eritrea*, a cura di A. Triulzi, pp. 21-54.

La naturalizzazione dunque doveva rimanere un traguardo difficile e la stessa categoria dei naturalizzati costituire un'eccezione che avrebbe ricompreso esclusivamente « i nostri "soggetti" che hanno sentito l'opera della colonizzazione, e si sono assimilati la civiltà importata. Qualcuno si è dato al commercio [...] qualcuno ha meritato di essere insignito di onorificenze cavalleresche. Per costoro la naturalizzazione italiana deve costituire il più grande premio, e dal governo deve essere concessa come guiderdone di opere egregie. Il registro dei loro nomi deve essere considerato come il libro d'oro della vera e autentica aristocrazia indigena, figlia della civiltà e del lavoro » (74).

Nel 1906 il *Disegno di codice civile* fu inviato al Consiglio coloniale e da questo affidato, dopo un lunga sosta dovuta all'approvazione dell'ordinamento fondiario, all'esame di una sottocommissione composta da Scialoja, Santillana, D'Amelio e Corsi che lo presentò, con un'apposita relazione redatta dallo stesso Vittorio Scialoja nella quale si indicavano puntualmente gli articoli modificati e se ne illustravano le ragioni, prima al Consiglio coloniale e poi al ministro competente (75).

Anche nel nuovo testo permase l'esistenza di due sistemi giuridici differenti, di due ordini di diritti civili che ruotavano attorno a due esistenze profondamente diverse, il cittadino e l'indigeno. Ma se quest'ultimo nel *Disegno* approntato in Eritrea era ancora un « soggetto italiano », nella versione definitiva, in conformità anche a quanto previsto nel *Regolamento giudiziario* del 1908, ritornò ad essere solo un « suddito coloniale », ritenendosi più opportuno superare l'ambiguità semantica che il termine soggetto avrebbe potuto determinare con l'utilizzo di un'espressione più chiara. Essa fu preferita, spiegava Vittorio Scialoja « poiché parve più idonea ad indicare la condizione di coloro che, pur essendo

(74) *Relazione sommaria*, cit., p. 9.

(75) La relazione di V. SCIALOJA al Consiglio coloniale, è pubblicata in « Rivista di diritto civile », 1, 1909, pp. 361-91; pp. 733-36 con il titolo *Il codice civile per la colonia Eritrea*; la relazione ministeriale, *Relazione sul codice civile per la colonia Eritrea*, che non presenta modifiche significative, è pubblicata in ID., *Studi giuridici*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1923, vol. 4, pp. 165-88; cfr. sull'iter seguito dai codici eritrei SAGÜ, *Sui tentativi di codificazione*, cit.

sudditi d'Italia, non si trovano nella condizione di cittadini » (76).

Sudditanza e cittadinanza erano due *status* correlati, ma non costituivano, come precisò più tardi il Borsi, semplicemente due facce della stessa condizione giuridica. Mentre il soggetto metropolitano era un suddito italiano, quando si muoveva sul piano dei rapporti internazionali, e un cittadino per quanto atteneva ai rapporti interni, il suddito coloniale viveva una condizione diversa, monodimensionale, che poteva definirsi solo in negativo, ricomprendendo i nati in colonia o gli appartenenti a tribù della stessa che non fossero cittadini e stranieri (77), e che mai avrebbe potuto, nel silenzio significativo delle leggi, raggiungere lo *status* di cittadino e il godimento dei diritti politici (78).

(76) SCIALOJA, *Relazione sul codice civile per la colonia Eritrea*, cit., p. 170.

(77) « È suddito coloniale — si legge nell'art. 3 del Codice civile per l'Eritrea, in *Raccolta ufficiale*, cit., — l'individuo che non essendo cittadino italiano o cittadino di Stati stranieri riconosciuti sia nativo della colonia o appartenga a tribù o stirpi della stessa ». Inoltre lo stesso articolo disponendo che « Può essere concessa la qualità di suddito coloniale con decreto del governatore all'individuo appartenente a popolazioni africane o delle altre regioni del Mar Rosso che fissi nella Colonia la propria residenza o che presti o abbia prestato servizio stabile presso l'amministrazione pubblica », modificava decisamente l'art. 3 del Disegno nella parte in cui conferiva la sudditanza coloniale a colui che appartenesse « ad una popolazione non organizzata a governo civile, qualunque sia il tempo di dimora in colonia ».

(78) Nessun provvedimento normativo italiano, infatti, prevede mai la possibilità di concedere ai sudditi coloniali la cittadinanza e, nel perdurante silenzio delle leggi, BORSI, *Principi di diritto coloniale*, cit., p. 236, riteneva che ciò fosse « oggi come in passato, vietato, sia perché non è ammesso nemmeno per i cittadini libici, sia perché l'orientamento della politica italiana in Africa Orientale è stato giustamente definito "antiassimilativo" ». Per la verità la legge 13.6.1912 sulla cittadinanza aveva sollevato non pochi problemi equiparando, nell'art. 15, il territorio del regno alle colonie, « salvo le disposizioni delle leggi speciali che le riguardano ». Quindi, tenuto conto che fino a quel momento era stata disciplinata con disposizioni speciali solo la sudditanza degli eritrei e dei somali ma ancora non lo status dei libici, sarebbe stato possibile — secondo Santi ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., pp. 129-130 — che un sudanese, nato da genitori ignoti a Tripoli, fosse considerato cittadino italiano. Una conclusione non accettabile e del resto, sempre per Romano, che andava ben oltre le intenzioni del legislatore. Si sarebbe dovuta preferire quindi un'interpretazione restrittiva e utilizzare l'equiparazione territoriale di cui all'art. 15 ai soli fini di valutare la residenza nel regno. In ogni caso poi l'art. 11 del regolamento per l'esecuzione della legge sopra citata (approvato dal R.D. 2.8.1912, n. 949) precisava che « agli effetti della legge nulla è innovato alle norme vigenti per legge o consuetudine nelle Colonie, relativamente alla

Ancora una volta l'inclusione non sembra mai essere completamente possibile e l'indigeno, immobile come l'eterna infanzia delle colonie, incapace di raggiungere l'età adulta. Il suo più grande e unico traguardo rimaneva la naturalizzazione. Ma anche questo *status* richiedeva sacrifici, il concorso di « speciali qualità personali, benemeritenze o servizi resi », e soprattutto una disponibilità psicologica a lasciarsi avviluppare da un sistema testuale e da un formalismo giuridico che, come scriveva Solinas de Logu, gli sarebbe sempre rimasto estraneo e di cui mai avrebbe potuto capire « non dico la portata sociale, ma lo stesso meccanismo » (79). Lo sforzo e l'obiettivo sarebbero stati, però, in ogni caso tali da giustificare secondo Scialoja il ricorso al decreto reale, in luogo del precedente decreto del governatore, come simbolo più alto della solennità del premio concesso (80).

Inoltre, la consapevolezza che la promiscuità coloniale avrebbe potuto produrre nuove forme di soggettività, indigene e latine, pericolosamente ambigue nella loro ibridità o nella loro irrisolvibile doppia coscienza e che il codice riconosceva come cittadini italiani, condusse la commissione a scoraggiare le unioni interrazziali, sottoponendole all'autorizzazione del governatore (81), a conferire lo

distinzione tra cittadini italiani e sudditi coloniali »; cfr. i testi pubblicati in appendice a A. DE DOMINICIS, *Commento alla legge sulla cittadinanza italiana*, Torino, Unione tipografica editrice torinese, 1916.

(79) SOLINAS DE LOGU, *Condizione giuridica e politica degli indigeni*, cit., pp. 68-69, che guardava con particolare sfavore all'ipotesi della naturalizzazione degli indigeni scriveva: « Ed invero, a ben guardare addentro le cose, la naturalità concessa all'indigeno non è che una vernice che potrà forse servire a dargli un po' di lustro presso i suoi antichi compagni di tribù ma non certo a trasformarlo in cittadino che abbia piena coscienza dei nuovi diritti e dei nuovi doveri »; sulla stessa linea BORSI, *Principi di diritto coloniale*, cit., pp. 228-30.

(80) SCIALOJA, *Relazione sul codice civile per la colonia Eritrea*, cit., p. 172.

(81) *Codice civile per l'Eritrea*, cit., art. 5: « È cittadino italiano il figlio di padre cittadino o di madre cittadina quando l'altro coniuge sia suddito coloniale ». Per quanto riguarda i matrimoni misti, dopo una lunga e animata discussione in seno al Consiglio coloniale, si preferì uniformarne la disciplina, chiedendo, ad eccezione del suddito coloniale che avesse ottenuto la naturalizzazione, l'autorizzazione del governatore (art. 71). « Tale autorizzazione — si precisava però nello stesso articolo — non sarà accordata se non in casi assolutamente eccezionali, quando trattasi del matrimonio di un suddito coloniale con una cittadina o straniera ». Il riconoscimento, almeno per ipotesi, di unioni tra indigeni e donne cittadine portò all'eliminazione per quest'ultime dell'autorizzazione maritale e l'attribuzione in loro favore della patria potestà; cfr. SCIALOJA, *ivi*, cit., pp. 173-74.

status di suddito coloniale al figlio di genitori ignoti, nato in colonia, quando i caratteri antropologici lasciassero presumere che nemmeno uno dei genitori fosse stato di razza bianca, a escludere che la vedova indigena di cittadino italiano conservasse la cittadinanza se non in casi eccezionali (art. 12 ⁽⁸²⁾), e a introdurre una deroga nelle previsioni normative del codice del 1865 sul riconoscimento dei figli illegittimi. Nel tentativo infatti di sottrarre al disordine di una vita selvaggia coloro che almeno per metà possedevano un patrimonio genetico italiano si introdusse la possibilità per i cittadini metropolitani di riconoscere i figli illegittimi nati da unioni miste senza ricorrere al matrimonio ⁽⁸³⁾.

Come è noto la storia dei codici eritrei fu la storia di un fallimento. Tutti i codici furono promulgati tra il 1908 e il 1909, e uno, quello penale, venne anche pubblicato in colonia, ma nessuno di essi entrò mai in vigore. I giuristi ne individuarono la ragione formale nel fatto che non si era provveduto alla loro traduzione in arabo e amarico così come prevedevano i decreti reali che ne avevano disposto la promulgazione, ma in realtà già dalla Relazione ministeriale di Scialoja apparivano chiare le reali motivazioni.

Nel momento stesso in cui si inviava il testo definitivo al Consiglio coloniale e poi al ministro, l'autorevolissimo relatore esprimeva infatti i suoi « dubbi sull'opportunità di promulgare ora nell'Eritrea un apposito codice civile ». Ora, cioè nella colonia africana del 1909, non era ancora pensabile ricondurre, pur con tutte le attenzioni che abbiamo visto, in un unico testo colonizzatori e colonizzati. La valenza simbolica del codice, la razionalità e la

(82) « La commissione — scrive D'AMELIO, *Colonia Eritrea*, cit., p. 1057 — che preparò i codici aveva proposto che la moglie indigena restasse suddita coloniale per non farla cadere sotto il regime complicato delle leggi italiane; ma in seno al consiglio coloniale prevalse il concetto dell'unità del regime giuridico della famiglia, stabilendosi tuttavia che la moglie indigena, divenuta vedova ritornasse suddita coloniale. La ragione di tale *diminutio capitis* sta nel fatto che la vedova del bianco ritorna quasi sempre alla tribù di origine e ricade nello stato di semibarbarie, donde la trasse il matrimonio. Tale è la normalità dei casi. Ma vi sono delle eccezioni. Se la vedova infatti, abbia stabilito il suo domicilio nel regno, cessano le ragioni di decadenza e ella conserva la cittadinanza. Del pari, se le sue condizioni morali sono così progredite da non far temere il ritorno allo stato di civiltà indigena, la cittadinanza può esserle conservata con decreto del governatore ».

(83) Vedi sempre SÖRGONI, *Parole e corpi*, cit., pp. 109-25.

rigidità che evocava, la complessità organizzativa che presupponeva lo impediva: i suoi caratteri erano incompatibili con la temporalità in cui era immersa la colonia.

Il tempo delle colonie, come abbiamo visto, era altro rispetto a quello della metropoli ed un regolamento giudiziario appariva più che sufficiente ad assicurare, nel rispetto dei diversi *standars* di civiltà, ai cittadini, l'estensione delle legislazione italiana, e, ai sudditi coloniali, il rispetto delle loro consuetudini, consentendo alla giurisprudenza e all'esecutivo quell'opera « di adattamento graduale, veramente efficace, perché suggerito dalle concrete necessità » che il codice, insieme di regole e modello di società imposto dall'alto, non avrebbe mai potuto permettere ⁽⁸⁴⁾.

L'infanzia delle colonie e delle popolazioni che le abitavano era dunque ancora « assai lunga, lunghissima » come scrisse Emanuele Gianturco ⁽⁸⁵⁾, e i codici eritrei un prodotto importante della civiltà giuridica italiana, ma la cui applicazione avrebbe potuto costituire, secondo la Relazione ministeriale che accompagnava il *Disegno di legge sull'ordinamento della Colonia Eritrea* del 1911 e che ne disponeva la sospensione, « un grave danno politico » fino a quando l'assimilazione degli indigeni non fosse stata più profonda ⁽⁸⁶⁾. Fino a quel momento essi sarebbero stati solo un monumento dell'italianità giuridica, « un "Corpus juris", completo e pronto, quando le si creda opportuno ad essere applicato in Colonia con le modificazioni consigliate dall'esperienza. Tali codici sono intanto prezioso elemento di esame in Colonia e in Italia per gli studiosi ed

⁽⁸⁴⁾ SCIALOJA, *Relazione sul codice civile per la colonia Eritrea*, cit., p. 167.

⁽⁸⁵⁾ E. GIANTURCO, *L'ordinamento legislativo della colonia Eritrea*, (1904), in *Id., Opere giuridiche*, Roma, La libreria dello Stato, 1947, vol. 1, p. 298.

⁽⁸⁶⁾ Il *Disegno di legge per l'Ordinamento della Colonia Eritrea* (24.1.1911) è in ASMAI, *Archivio del Gabinetto del Ministro Tittoni (1906-1909)*, n. 1, cit. in SAGÙ, *Sui tentativi di codificazione*, pp. 585-90; e in un articolo redazionale della « Rivista del diritto commerciale », 9, 1911, p. I, pp. 175-76, che ne riporta ampi stralci. « La cresciuta influenza italiana e l'assimilazione più completa dell'elemento indigeno per mezzo specialmente della nostra lingua, alla civiltà e ai costumi europei » avrebbero permesso, si legge ancora nella Relazione, « quello a cui con lenta e graduale evoluzione deve mirare il governo, e cioè la sostituzione dei principali elementi del diritto nazionale alle norme e alle consuetudini indigene ».

attesteranno al Parlamento e al Paese il modo con cui il governo del Re ha disimpegnato l'alto compito affidato dalla legge » (87).

L'avvento del regime fascista non determinò significative fratture nella definizione e nella regolamentazione dei rapporti con l'alterità indigena. Sul piano coloniale la tradizione giuridica ottocentesca e la nuova 'sensibilità fascista' trovarono infatti facile accordo, dissolvendo le antinomie presenti nella pubblicistica italiana sul presupposto di un impianto culturale di tipo razzista che la cultura liberale si era già preoccupata di costruire e di filtrare all'interno della società (88). Il criterio della civilizzazione rimase così il parametro attraverso cui operava il codice dell'inclusione e dell'esclusione. I nativi continuarono ad essere inclusi attraverso la loro sostanziale esclusione, collocati in una eterna anticamera del diritto dalla quale potevano scorgere la luce splendente che la civiltà occidentale lasciava filtrare attraverso le sue porte.

Nella metà degli anni trenta queste porte si chiuderanno definitivamente.

Con la trasformazione dei timori repressivi liberali nelle ossessioni bioantropologiche fasciste, e con la ridefinizione della nazione e dell'individuo su basi razziali, l'appartenenza alla razza divenne lo strumento per costruire e differenziare le categorie della cittadi-

(87) *Disegno di legge per l'Ordinamento della colonia Eritrea*, cit., in « Rivista del diritto commerciale », 19, 1911, p. I, p. 176. Mariano D'Amelio riprendendo queste parole aggiungeva, nella sua *Relazione alla Camera*, cit., pp. 83-84, « questi cinque ponderosi documenti che attestano ancora una volta la sapienza giuridica degli italiani e che dimostrano la matura esperienza e la lunga prassi acquistata dall'Italia anche in materia di legislazione coloniale, costituiscono un compiuto ed organico corpus iuris, di cui i magistrati coloniali non possono fare a meno, anche se non ancora è stato pubblicato nella colonia, e ne tengono conto sovente nelle decisioni ispirate ad equità. Di più presentando riforme ed innovazioni, rispetto ai patri codici, coll'accogliere principii, istituti, norme dettati dal giure più progredito, destano il maggior interesse e la più viva curiosità tra gli studiosi di diritto e i funzionari delle colonie ». Cfr. i dubbi di ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 133, per il quale « non si può considerarlo come un testo legislativo; senonché esso è stato definito come un ideale *Corpus iuris*, che il magistrato può tenere presente (?) nei suoi giudizi ».

(88) Cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. vol. 4: L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 272-306; N. LABANCA, *Il razzismo coloniale italiano*, in BURGIO (a cura di), *Nel nome della razza*, cit., pp. 145-163; da altra prospettiva L. GOGLIA, *Note sul razzismo coloniale fascista*, in « Storia contemporanea », 19, 1988, 6, pp. 1223-1266.

nanza e della sudditanza e nello stesso tempo l'unico criterio per la lettura dei rapporti con le soggettività inferiori, rendendo, da un lato, inefficace la valutazione del grado di civiltà come parametro per ottenere la naturalità italiana e producendo, dall'altro, una violenta campagna contro il meticcio rivolta a negare il suo carattere ibrido e a riportarlo definitivamente tra i sudditi coloniali ⁽⁸⁹⁾. Paradossalmente però, proprio nel momento in cui il fascismo, una volta terminati i territori da conquistare, sottopose anche l'Europa e il soggetto occidentale ad una pervasiva attività di colonizzazione e di disumanizzazione si avviò insieme al processo di superamento della dimensione periferica delle logiche di dominio del discorso coloniale quello parallelo della riconsiderazione della centralità

⁽⁸⁹⁾ I meticci comparvero per la prima volta, nei provvedimenti normativi italiani, nell'art. 3 R.D. 10.12.1914, n. 1510 concernente il personale coloniale, con cui gli si negava la possibilità di essere occupare i posti direttivi della pubblica amministrazione, vedi A. RAVIZZA, voce *Meticci*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino, Unione tipografico editrice torinese, 1939, pp. 446-47. Con il R.D.L. 1.6.1936, n. 1019 si rifiutò poi ai meticci il beneficio della cittadinanza già acquisito in base alla precedente legge sull'ordinamento organico dell'Eritrea del 6.7.1933, n. 999; cfr. i commenti ai due provvedimenti normativi redatti rispettivamente da A. BERTOLA, *I meticci nell'ordinamento vigente*, in « Rivista di diritto pubblico », 19, 1941, pp. 492-99; e A. PAPPALÀ, *La nuova legge organica per l'Eritrea e la Somalia italiana*, in « Rivista delle colonie », 8, 1934, 5, pp. 349-61; E. CUCINOTTA, *La prova della razza*, in « Rivista delle colonie italiane », 8, 1934, 9, pp. 743-51. Nel 1937 (R.D.L. 19.4.1937, n. 800) si introdusse il delitto di rapporti di indole coniugale con cui si comminava al cittadino che avesse avuto una relazione coniugale con una suddita la pena della reclusione da uno a cinque anni. Pochi anni dopo con la legge L. 13.5.1940, n. 822 si stabilì che il meticcio assumesse lo *status* di suddito coloniale, si escluse la sua riconoscibilità da parte del genitore cittadino, il diritto di portarne il cognome e si attribuirono tutti gli oneri economici per il suo mantenimento, l'educazione e l'istruzione al genitore nativo. Non si dimentichi infine che solo un anno prima queste pulsioni razziste erano state testualizzate in una apposita rivista, *Il diritto razzista*, il cui titolo era già un'enunciazione di programma; cfr. G. GABRIELLI, *Un aspetto della politica razzista nell'impero: « il problema dei meticci »*, in « Passato e Presente », 15, 1997, 41 pp. 71-105; SÖRGONI, *Parole e corpi*, cit., p. 144-70. Per lo studio delle relazioni tra mondo scientifico e fascismo rinvio a R. MAIACCHI, *Scienza italiana e razzismo fascista*, Firenze, La Nuova Italia, 1999; sull'influenza della legislazione razziale nell'amministrazione della giustizia coloniale vedi MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., pp. 300-312; e più in generale sul rapporto tra politica razziale fascista e conquista dell'Etiopia vedi A. DEL BOCA, *I crimini del colonialismo fascista*, in ID. (a cura di), *Le guerre coloniali del fascismo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 232-55.

delle resistenze anticoloniali e cominciò ad emergere l'esistenza di una soggettività più complessa con cui i giuristi prima o poi si sarebbero dovuti confrontare ⁽⁹⁰⁾.

4. *Dopo il soggetto.*

Quando Roland Barthes sedeva nel bar di Tangeri in cui lo abbiamo lasciato all'inizio della nostra storia e immaginava un linguaggio e uno spazio culturale al di là della teoria, immersi in una nuova temporalità discorsiva, questo confronto era solo agli inizi. Fino ai primi anni sessanta infatti il mondo appariva ancora diviso tra un'umanità civilizzata e una da civilizzare, tra lo spazio definito dalla razionalità degli stati occidentali e i territori le cui popolazioni non avevano raggiunto « piena autonomia ». Ancora nella Carta delle Nazioni Unite erano previsti territori e popolazioni sotto tutela, e « sacre missioni » a carico degli stati che ne avessero assunto l'amministrazione fiduciaria al fine di promuoverne il progresso e il futuro ingresso nella comunità internazionale ⁽⁹¹⁾.

Solo nel 1960 con la *Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza ai paesi e ai popoli coloniali* (14.12.1960) e sei anni più tardi con il *Patto internazionale sui diritti politici* (12.12.1966) fu sancita definitivamente l'incompatibilità tra i diritti umani riconosciuti nella Carta del '48 e il colonialismo, tra il diritto collettivo di tutti i popoli alla autodeterminazione e la condizione di soggezione

⁽⁹⁰⁾ YOUNG, *Postcolonialism*, cit., p. 159 ss; MEZZADRA, RAHOLA, *La condizione postcoloniale*, cit., pp. 7-12.

⁽⁹¹⁾ Si vedano i capitoli XI e XII della Carta delle Nazioni Unite, rispettivamente dedicati ai territori non autonomi e all'istituto dell'amministrazione fiduciaria. Tutte le dichiarazioni cui si fa da riferimento nel testo sono consultabili nel sito online delle N.U. Un buon esempio di ricostruzione del dibattito internazionale postbellico da una prospettiva coloniale in R. QUADRI, *Corso di diritto coloniale*, Padova, Cedam, 1964, p. 93 ss. Può essere interessante notare che la prima edizione di questo manuale è del 1950 ed è preceduta da una premessa in cui l'autore confessa le difficoltà in cui è incorso per la scelta del titolo. Tra un diritto dei territori d'oltremare o un diritto dei territori non autonomi, per Quadri la cosa migliore da fare era « aspettare la pronuncia dell'organo competente »; da una diversa prospettiva N. C. CRAWFORD, *Argument and Change in World Politics. Ethics, Decolonizations, and Human Intervention*, Cambridge, University Press, 2002, in part. pp. 291-342; P. THORNBERRY, *Indigenous People and Human Rights*, Manchester, University Press, 2002.

cui conduceva la presenza straniera. Tuttavia, se per la prima volta il protagonista non era più l'individuo ma il popolo, o meglio tutti i popoli ai quali si riconosceva appunto il diritto collettivo di autodeterminarsi, la discorsività giuridica persisteva nell'identificare i popoli con gli stati. I popoli, come ha scritto efficacemente Bartolomé Clavero, erano gli stati già costituiti o che si sarebbero costituiti nel rispetto dei principi della decolonizzazione e il diritto internazionale rimaneva un diritto interstatale ⁽⁹²⁾. Tutti coloro che non fossero stati in grado di formare organizzazioni territoriali a carattere statale o che vivessero dentro stati già costituiti potevano essere inclusi nella testualità delle Nazioni Unite esclusivamente attraverso la categoria di minoranza che attribuiva a ciascuno di loro un diritto individuale in difesa della propria vita culturale, della propria religione e della propria lingua, in difesa quindi della loro identità ⁽⁹³⁾.

Di fronte ad una rappresentazione che non sembrava lasciare ai soggetti indigeni alcuno spazio testuale se non quello offerto dalla categoria di minoranza — versione postcoloniale del vecchio paradigma giusprivatistico incentrato sulle immagini del minore e del tutore — o dalla categoria politicamente corretta, ma semanticamente indeterminata del soggetto giuridico universale, le istituzioni delle Nazioni Unite, come già era avvenuto nel dibattito teorico e

⁽⁹²⁾ CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional*, cit., p. 71 ss.

⁽⁹³⁾ *Convenzione dei diritti civili e politici* (12.12.1966), art. 27: « In quegli stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo ». Anche nella *Dichiarazione dei diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali etniche, religiose e linguistiche* del 18.12.1992 gli indigeni non sfuggono alla categoria di minoranza, ma il fatto che le misure adottate dagli stati per garantire i diritti delle minoranze devono essere conformi al principio di uguaglianza, introduce, secondo Clavero, un interessante limite alla sovranità interna degli stati, dovendosi valutare il rispetto dell'uguaglianza non solo attraverso il filtro delle singole costituzioni, ma anche della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, B. CLAVERO, *Stato di diritto, diritti collettivi e presenza indigena in America*, in Costa, Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto*, cit., pp. 553-59; cfr. anche M. APARICIO, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América*, Madrid, Centro de estudios de derecho, economía y ciencias sociales, 2002; M. SHAPIRO, *Methods and Nations: Cultural Governance and Indigenous Subject*, London, Routledge, 2004.

politico ⁽⁹⁴⁾, cominciavano, quindi, ad interrogare l'identità e, ripartendo da questo concetto, provavano a restituire agli indigeni quella memoria della loro storia e della loro cultura che gli erano state negate, prima, dalla performativa affettività medievale e, poi, dalla generalità e dall'astrattezza della modernità.

Tuttavia, nonostante il comune riferimento all'identità permetta di scorgere un punto di contatto tra la discorsività giuridico istituzionale e quella psicanalitica o postcoloniale le risposte fornite sono differenti e ci conducono ad un duplice finale.

Nella lettura di Bhabha la temporalità di Tangeri in cui era immerso Barthes era infatti la matrice spazio temporale che permetteva di risituare politicamente e di costruire discorsivamente un soggetto libero da opzioni coloniali e tensioni nazionalistiche perché vincolato ad una irrisolvibile doppia coscienza in grado di sciogliere in sé le identità coloniali sia del soggetto colonizzato che del colonizzatore, superando il conflitto tra il « Sé coloniale e l'Altro colonizzato » e affermando la reciproca dipendenza di queste identità e nello stesso tempo la loro continua fluidità e indeterminazione ⁽⁹⁵⁾.

Alla rappresentazione di un soggetto ibrido e in movimento, libero dalle opposizioni binarie della modernità e vera e propria categoria aperta pronta all'incontro con altre soggettività resistenti, la riflessione giuridica oppone una ricostruzione di tutt'altro segno. La tutela delle popolazioni indigene non si raggiunge, nelle dichiarazioni e nei progetti degli organismi internazionali, attraverso il superamento della identità, ma con il suo recupero. L'identità permette la loro definizione giuridica e consente la differenziazione del soggetto indigeno dal soggetto universale, della cui natura pure partecipa e in cui introduce un importante elemento di complessità.

In una relazione del 1983 di Martinez Cobo, *special rapporteur*

⁽⁹⁴⁾ Penso soprattutto ai fondamentali testi di A. CESAIRE, *Discours sur le colonialisme*, Paris, Présence Africaine, 1955; FANON, *Pelle nera maschere bianche*, cit.; e ID., *Les damnés de la terre*, Paris 1961, trad. it. C. Cignetti, *I dannati della terra*, Torino, Einaudi, 1970. Un'efficace sintesi del problema teorico dell'identità LOOMBA, *Colonialismo/postcolonialismo*, cit., pp. 112-82; ora anche i saggi raccolti da B. DEAN, J.M. LEVI (a cura di), *At Risk of Being Heard. Identity, Indigenous Rights, and Postcolonial States*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2003.

⁽⁹⁵⁾ BHABHA, *I luoghi della cultura*, cit., pp. 61-96.

della Sottocommissione Onu sulla Prevenzione delle Discriminazioni e la Protezione delle Minoranze, si legge infatti che le comunità, i popoli e le nazioni indigene sono coloro che « having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of societies now prevailing in those territories or parts of them They form at present non dominant sectors of society and they are determined to preserve and develop and transmit to the future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis for their continued existence as people »⁽⁹⁶⁾. E nell'interessante progetto finale della *Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni*, elaborato nei primi anni novanta dal *Working Group on Indigenous Populations*, e approvato nel 1994 dalla Sottocommissione sulla Prevenzione della Discriminazione e la Protezione delle Minoranze⁽⁹⁷⁾, la ricostruzione della *distinctiveness* etnica, delle pratiche religiose, delle tradizioni culturali, e dei legami

⁽⁹⁶⁾ U.N. Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (J. Martinez Cobo, special rapporteur), *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/21 Add.1-7 (1983). La necessità di proteggere l'identità indigena è sancita dalla Convenzione n. 169 sui popoli indigeni e tribali nei paesi indipendenti, il primo trattato specificatamente rivolto alla tutela dei diritti delle popolazioni indigene adottato dall'Organizzazione internazionale del Lavoro e ratificato da 27 stati, cfr. la lettura commentata di M. GÓMEZ RIVERA, *Derechos indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México, INI, 1995; B. SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense*, London, Butterworths, 2002, pp. 237-57.

⁽⁹⁷⁾ Il *Working Group* è un'istituzione creata dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite nel 1982 all'interno della Sottocommissione per la Prevenzione della Discriminazione e la Protezione delle Minoranze al fine di promuovere la difesa delle popolazioni indigene e di assicurare un più efficace strumento per il riconoscimento dei loro diritti. Il progetto, dopo un riesame tecnico della prima versione del 1913, è stato adottato da tutta la sottocommissione e approvato con la risoluzione 1994/45 (26.8.1994). Con la stessa risoluzione la Sottocommissione aveva anche sottoposto il progetto alla Commissione sui Diritti Umani dell'Onu che ha deciso con la Risoluzione 1995/32 (3.04.1995) « to establish, as matter of priority and from within existing overall United Nations resources, an open-ended inter-sessional working group of the Commission on Human Rights with the sole purpose of elaborating a draft declaration, considering the draft contained in the annex to resolution 1994/45 (26.08.1994) of the Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, entitled draft "United Nations declaration on the rights of indigenous peoples" for consideration and adoption by the General Assembly within the inter

ancestrali con la madre terra costituisce il presupposto per la titolarità da parte dei nativi di diritti individuali e collettivi a difesa della identità, del diritto di autorappresentarsi come indigeni, di essere riconosciuti come tali e di appartenere alle comunità e alle nazioni indigene ⁽⁹⁸⁾.

I popoli indigeni dunque provano a costituirsi non più come oggetto di protezione, ma come soggetto che vuole dotarsi di parola e dei mezzi per farla sentire, che deve essere pensato comunitariamente, con una nuova identità e diritti collettivi perché solo attraverso il riconoscimento di tali diritti, può arrivare a recuperare ed ammettere diritti soggettivi e libertà individuali. Un soggetto che non richiede, né anela riconoscimenti o legittimazioni statali, può farne a meno perché già dato, preesistente, ma rivendica all'interno della spazialità statale il mantenimento e il rafforzamento dei propri sistemi politici e normativi, il recupero e il riconoscimento della propria memoria.

D'altra parte però l'indigeno è anche un soggetto che non sembra poter sfuggire alla testualità giuridica occidentale, costretto a inseguire la sua diversità codificando, mediante un difficilissimo processo ricostruttivo di rimemorazione, la propria identità. Nello stesso tempo anche il linguaggio del giurista o delle istituzioni, per quanto ibridizzato, non sembra ancora potersi « pensare fuori dalla

national Decade of the World's Indigenous People », cit. in S. J. ANAJA, *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 67, nt. 86. Il progetto però non è stato mai approvato; cfr. B. CLAVERO, *Derechos indígenas versus Derechos humanos (a propósito de un proyecto de Naciones Unidas)*, in « Quaderni Fiorentini », 26, 1997, pp. 549-69.

⁽⁹⁸⁾ L'articolo 8 prevede infatti che: « Indigenous peoples have the collective and individual right to maintain and develop their distinct identities and characteristic, including the right to identify themselves as indigenous and to be recognized as such », e nell'articolo 9 si legge che « Indigenous peoples and individuals have the right to belong to an indigenous community or nation, in accordance with the traditions and customs of the community or nation concerned. No disadvantage of any kind may arise from the exercise of such a right ». Sottolinea l'importanza di quest'ultimo articolo CLAVERO, *Stato di diritto, diritti collettivi e presenza indigena in America*, cit., p. 557, che vede in esso un forte segnale verso la distinzione popolo/stato e verso la compatibilità di questi due concetti.

frase » e dalle sue regole sintattiche, né il suo soggetto poter sfuggire alla « trappola hegeliana del divenire Soggetto »⁽⁹⁹⁾.

Paradossalmente quindi se è il desiderio ciò che costituisce all'interno di un complesso edipico il soggetto, il desiderio indigeno non è altro che il desiderio della testualità giuridica occidentale e delle sue categorie, la sua esistenza istituzionale non è se non nel testo e la sua stessa battaglia politica per il riconoscimento di un diritto alla diversità è inesorabilmente filtrata da un metadiscorso, quale è quello delle dichiarazioni, indissolubilmente vincolato a valori e principi propri della modernità giuridica occidentale.

⁽⁹⁹⁾ Y. MOULIER-BOUTANG, *Ragione meticcica*, in « Deriveapprodi », 23, 2003, p. 52; sulla difficile ricostruzione dell'identità indigena, cfr. C. PERRIN, *Approaching Anxiety: The Insistence of the Postcolonial in the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in DARIAN-SMITH and FITZPATRICK (a cura di), *Laws of the Postcolonial*, cit., pp. 19-38; L. NUZZO, *Diritto all'identità e metanarrazioni. Riflessioni in margine ad un progetto ONU*, in « Giornale di storia costituzionale », 2, 2002, 2, pp. 9-20.

BARTOLOMÉ CLAVERO

EUROPA HOY ENTRE LA HISTORIA Y EL DERECHO O BIEN ENTRE POSTCOLONIAL Y PRECONSTITUCIONAL

Conscientes de que Europa es un continente portador de civilización, de que sus habitantes, llegados en sucesivas oleadas desde los tiempos más remotos, han venido desarrollando los valores que sustentan el humanismo.

Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, 2003.

The Department's collective research activity tries to avoid stereotypes of a linear and teleological evolution of universal European values.

Manifiesto del Instituto Universitario Europeo, Departamento de *Historia y Civilización*, 2003.

1. Presentaciones: historia, constitución, colonialismo, Europa hoy. — 2. Motivación histórica de derechos y constitución. — 2.1. Intriga de un doble preámbulo, 2000 y 2003. — 2.2. Pareja europea no bien avenida, política convencional e historiografía universitaria. — 3. Coyuntura de historia problemáticamente constitucional. — 3.1. Desafío al colonialismo en la India: los Subaltern Studies como estudios postcoloniales. — 3.2. Quintaesencia del colonialismo en las Indias: el Derecho Indiano como derecho europeo. — 4. Escenario relativamente fluido de Europa en la encrucijada. — 4.1. Constitución de Estados y no de Regiones pese lo que pese a la regla de subsidiariedad. — 4.2. Testimonios de Riksdag y de Grundlag: pueblos, alguno indígena, e historias, alguna colonial. — 5. Constitucionalismo y colonialismo por Europa y América. — 5.1. Principio constitucional: el derecho tanto propio como ajeno a la cultura. — 5.2. Principio histórico: la autorización de derechos tanto ajenos como propios. — 6. The darkest side of European legacy: historia y constitución culturalmente aún coloniales.

1. *Presentaciones: historia, constitución, colonialismo, Europa hoy.*

Comencemos con las debidas presentaciones. Identifiquemos términos de referencia. *Historia* se sabe que es vocablo ambiguo pues significa un par de cosas distintas aunque relacionadas. De una

parte designa el pasado, lo que haya acontecido en tiempo pretérito. De otra también se refiere a la figuración, el escrutinio, la reconstrucción, el análisis, el entendimiento, la narración e incluso la imaginación o hasta la ficción que se tenga o que nos hagamos del mismo, del pasado, del tiempo ya ido, no sólo además por parte de quienes nos dedicamos profesionalmente al respectivo estudio, sino también por la sociedad misma bajo mayor o menor predicamento o influencia de tales especialistas en historia. Para hilarse fino, para evitarse equívocos, pues no es lo mismo evidentemente lo acontecido antaño que lo figurado hogaño a un idéntico respecto, suele proponerse que reservemos el nombre de historia a la realidad pretérita más o menos cognoscible aplicando el de *historiografía* a su reconstrucción más o menos imaginativa al cabo del tiempo. No es ésta una propuesta que responda a un uso común entre quienes estudiamos la historia ni que tampoco goce de curso expedito fuera de nuestro mundo profesional. Sigue utilizándose el término indistinto en la confianza entendida de que sea el contexto el que disipe equívocos, lo que no siempre ocurre por supuesto. Conviene por ende hacer de entrada la advertencia y andarse de paso con cuidado incluso entre especialistas. No confundamos historiografía con historia pues, aun en el caso de que la primera resulte inconsistente o que incluso sea inconsciente, puede que importe más la una que la otra, lo figurado más que lo acontecido.

Derecho es término también nada unívoco. Su presentación tampoco resulta ociosa pues igualmente se trata de palabra con un doble significado que en su caso puede llegar a la contradicción. El mismo vocablo reviste el sentido de ordenamiento social de una parte y, de otra, libertad individual. Derecho de libertad y derecho, en particular, de Estado pueden ser elementos coextensivos, reconociendo y sustentando el segundo al primero igual que la viceversa, pero también cabe que sean refractarios y hasta opuestos si la relación no se plantea ni conduce en tales términos de reconocimiento y sustento recíprocos entre derechos de individuos y ordenamientos de Estados. Cuando hay interactividad, tenemos *el derecho constitucional*, el cual precisamente se define por dicha conjugación entre libertad y orden, derechos y poderes. He aquí *el derecho* que nos importa, el constitucional. Me propongo tratar de *la constitución* en concreto de Europa y del desafío que la misma

lanza a la historia, de la provocación específica a la historiografía, como también del reto que puede plantearse por el propio tracto en el tiempo. Ni el pasado ni su figuración tienen por qué venir a respaldar ni avalar un presente de derecho. Pueden también provocarle.

Pueden reflejar en el espejo, quizás a estas alturas de improviso, una imagen tan poco presentable como *la historia colonial*, historia propia. Habrá que presentarla, pues afectará a *constitución*. ¿Qué sea esto del *colonialismo*, el esqueleto entonces en el armario? Digamos de lo más sencillamente que es la presunción de supremacía y el ejercicio de dominio de unos pueblos sobre otros. Colonialismo es forma y método de denegación del derecho ajeno en el sentido que aquí importa, el constitucional de libertad, una actitud muy presente en el pasado de Europa. ¿Se contempla este escenario de historia para procederse a un proyecto de constitución? ¿Quién lo diría efectivamente a estas alturas? No olvidemos que el constitucionalismo no ha sido históricamente muy democrático y que de hecho ha convivido bastante tiempo con el colonialismo. Ha precisado de un impulso superior de derecho que se dice internacional para emprender una descolonización problemáticamente gestionada y todavía no claramente culminada. Entre un articulado *preconstitucionalismo* y un solapado *postcolonialismo*, pongámonos en guardia. Considerando la historia que pueda tomarse como base de constitución para Europa, podremos sorprendentemente encontrar, si prestamos atención, imágenes y gérmenes nada gratuitos ni desde luego inocentes de índole todavía colonial con sustrato de pasado y ambición de futuro. *Historia* en ambos sentidos y con especial peso además la figurada o hasta fingida habrá de comprobarse si importa a constitucionalismo de Europa. Historiografía siempre mediante, algún alcance quizás guarde el colonialismo de derecho presente y no sólo de historia pasada tanto externa como, tal vez, internamente. A eso acudimos. Ya veremos. Vayamos de entrada a textos.

Pues no deja de asomarse a figuraciones de historia propia, podremos partir del *Draft Treaty establishing a Constitution for Europe*, *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, *Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per*

l'Europa, etcétera, el texto elaborado por la Convención Europea de 2002-2003 ante el trance del crecimiento espectacular de la propia Unión, de quince a veinticinco Estados miembros, de once a veintiuna lenguas oficiales, al año inmediato, 2004. Consistiendo en algo tan definido como una norma que se pone por escrito, el Proyecto de Tratado instituyendo Constitución, junto a cosas tan establecidas como unos Estados que vienen a reunirse bajo un orden en común, las identificaciones pudieran resultar de entrada menos problemáticas, a no ser esto que por sí mismo tanto lo uno como lo otro, tanto el algo como las cosas, se interroguen y nos interpelen sobre su respectiva identidad. Precisamente es lo que ocurre dándosele entrada a la historia o, mejor dicho, a la historiografía, a la de trabajo especializado y a la de figuración ciudadana, como agente que acredite la identificación. Se hace en efecto, según comprobaremos, por el Tratado-Constitución (así sintéticamente en adelante).

La tarea no es que sea novedosa para la profesión. La historiografía de empleo, la tropa de quienes nos ocupamos del estudio del pasado como carrera subsidiada, a menudo resulta llamada en pleno presente para que acudamos a una especie de alarde con armas y recuas, con la impedimenta de nuestros conocimientos y la panoplia de nuestras figuraciones. Cuando un sujeto colectivo hasta el momento informe, deformado o incluso de lo más formal que haya entrado en crisis de identidad, sean cuales fueren la causas, pretende dotarse de un cuerpo político reconocible y agraciado, consistente y operativo, para todo un futuro por delante, no resulta insólito que la historia sea convocada o que ella misma se entienda vocada, en papel de protagonista o poco menos, al desafío de identificar y determinar una colectividad humana tamaño como sujeto de todo un pasado para serlo de un brillante porvenir. Es provocada la historia, esto es la historiografía. Ahora, tras rendirle el servicio fundamentalmente a los Estados, rebato y relato parece que nos convocan y provocan a la construcción de Europa, a su figuración se entiende. ¿Debemos disponernos para concurrir alegres al llamamiento? ¿Acudimos como historiografía profesional a la provocación de fuego cruzado entre historia y derecho? He aquí, hoy en día, nuestro alarde.

Sin necesidad de convocatoria, la historia, quiere decirse la

historiografía, ya suele de por sí hacerse viva contribuyendo, no poco decisivamente a veces, a la identificación, demarcación, determinación y activación del sujeto político constituyente de cada sistema constitucional, sea España, Francia, Italia, Suecia, Finlandia,... o ahora Europa. No dejemos de discernir. Que la historia acontecida, el pasado efectivo, pesa sobre el presente constituido y que lo hace ante todo en la determinación del sujeto constituyente, como por ejemplo España entre Portugal, Marruecos, Gibraltar, Andorra y Francia, es una obviedad sobre la que además no podemos retroactuar. Podemos investigarla y analizarla, pero no revisarla o corregirla. La cuestión práctica, por manejable e incluso manipulable, se plantea con respecto a la historiografía, pues lo que también y a un tiempo podemos es figurarla e imaginarla, lo que resulta una empresa de orden nada menor. La idea más o menos ficticia que nos hagamos de la historia y no la historia misma puede que tenga una presencia y logre una influencia de grado incluso superior en la determinación del sujeto colectivo de constitución, esto es, no sólo en lo que sea España, Francia, Italia o en su caso Europa, sino también en que España, Francia, Italia o la misma Europa y hasta Andorra sean, existan, cobren cuerpo, puedan constituirse, se habiliten para dotarse de constitución propia. A estos efectos constitucionales primarios, no digo a otros, puede que la historiografía — la historia figurada e incluso ficticia — alcance más peso que la historia — el pasado acontecido — u otro tanto si acaso. Así, de este modo, se suscita un inmediato interrogante. ¿Qué historia, qué historiografía, para qué constitución de qué Europa? La pregunta misma encierra sentido optativo porque se refiere no a la historia ineluctable, sino a la historia manipulable, a la historiografía en suma como campo de libertad de academia y de ciudadanía ⁽¹⁾.

¿Quién, qué entidad, se constituye? ¿Portugal? ¿España?

(1) En España, el Tribunal Constitucional ha elevado recientemente la distinción entre *historiografía* e *historia* a categoría de fundamento de libertad a fin de evitarse la interferencia del derecho al honor en el debate tanto de unas profesiones, incluyéndose el periodismo, como, en modo expreso, de la ciudadanía misma (sentencia de 23 de marzo 2004; ponente: María Emilia Casas, actual presidenta; caso sobre memoria de conductas fascistas en la guerra civil de 1936-1939: <http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/STC2004-043.htm>).

¿Francia? ¿Italia? ¿Turquía? ¿Bosnia? ¿Melilla? ¿El Vaticano? ¿El País Vasco? ¿Finlandia? ¿Aaland? ¿Sapmi?... ¿Europa? ¿Materializándose de qué forma? ¿Alcanzando y afectando desde dónde y hasta dónde? ¿Con qué extensión de fronteras y con qué capacidad de inclusión dentro de ellas? ¿Con qué definición de cara a otros sujetos constituyentes por los aledaños y en las afueras? ¿Y entre sí? ¿Cómo entonces internamente? ¿De qué modo? ¿Tal cual conjunto de colectividad simple o como construcción en cambio compleja? ¿Con qué grado de complejidad? ¿Mediante qué tipo de composición? ¿De forma confederal, federal, acaso regional o autonómica..., se denominen estas alternativas u otras como se quiera? ¿De cuántos nichos horizontales y mediante cuántos niveles verticales el complejo en su caso? ¿Correspondiendo cada forma, la confederal, la federal, la regional, etcétera, a cuál nicho y a qué nivel? ¿Y de qué sujeto? ¿Mediante qué relaciones con todo el resto afuera? A menudo las respuestas a esta serie encadenada de dilemas vienen dadas, antes que por constitución, por historia, o más bien por historiografía, por la figuración de historia, por la imagen que de ella nos hacemos y hasta imponemos. ¿Es contribución necesaria? Resulta esto un tanto dudoso y se cuestiona justamente. ¿No consiste la democracia en formas más francas y menos manipulables de determinación ciudadana que la imaginación histórica? ¿Quién lo duda? Mas la historia restaurada, esto es su pose y su retrato en el espejo de la historiografía, de la popular tanto o más que de la profesional, concurre de hecho, predeterminando derecho, a la materialización de sujeto constituyente y así de constitución.

Los textos constitucionales no siempre son sinceros ni resultan transparentes respecto a la historia propia, a la imagen o figuración de historia que asumen y en la que puede que se basen. De haberla realmente como rampa de lanzamiento más o menos cubierta y opaca, cabe inducirse. Cuando asumen un nombre para la comunidad política; cuando definen o tienen ya por definida una ciudadanía; cuando marcan unas fronteras, dan por establecido un mapa a efectos ya exteriores, ya interiores, o lo dejan intencionalmente abierto; cuando se refieren a asuntos de cultura como expresión de libertad o también de institución; cuando aceptan o cuando permiten sujetos o espacios de autonomía o incluso de soberanía internas; cuando miran a los externos considerándolos o

no congéneres en pie de igualdad; cuando se ubican de cara a un derecho internacional como escenario de una política exterior o también como compromiso para un orden interior; cuando se refieren a creencias o entidades sociales, como las religiosas por ejemplo, dentro del capítulo más necesario y delicado, el de los derechos de libertad individuales, o con antelación al mismo; cuando especifican motivos de diferenciación por cuidarse que no lo sean de discriminación; cuando imponen nombres no genéricos, de hacerlo, a las mismas instituciones constitucionales; cuando en su caso mantienen o establecen ya monarquía, ya nobleza, regulando o dando por sentadas dinastías, o también cuando las toleran sin más en su ámbito; cuando confían a la ciudadanía o encomiendan a algún que otro poder la observancia de la constitución misma; en fin, a lo largo y ancho de su despliegue un texto constitucional acusa una historia determinada, la que está haciendo suya y en la que quizá se base. Cuando anteponen preámbulo que no se reduce a esqueleto desnudo con sólo un registro de principios, sino que intenta poner carne y músculo de narración, motivación y argumento, entonces tenemos seguramente ya de entrada unas buenas pistas para la averiguación de la historia asumida (2).

Preámbulo y hasta preámbulos tendremos de Europa. Queda por presentar de cuerpo entero ésta misma, nada menos que nuestra protagonista con su nombre y su apellido, *Europa hoy* entre *preconstitucionalismo* y *postcolonialismo*. Por *hoy* para Europa entiendo el año 2003 que ha sido testigo de la elaboración del Tratado-Constitución, bien que el presente del derecho no se reduzca por supuesto a un día, el de hoy de quien lea, ni a un año, un 2-3 ya pasado definitivamente para la lectura de estas páginas e incluso para la última mano en su redacción. A salvo el retoque o la adición de algún que otro protocolo, dicha proposición constitucional prefigura y hasta perfila lo que será la Constitución con

(2) La retahíla de signos visibles de historia por lo usual solapada en el cuerpo constitucional confieso que la formulo a la vista del mismo caso del constitucionalismo actual español que suele preciarse de no necesitar ni presuponer una tal ortopedia. Podría el catálogo ilustrarse con pronunciamientos textuales o desarrollos jurisdiccionales de la Constitución española si fuera ella, y no la europea, la que aquí nos interesa. España será sólo un caso. De otros que van a tocarse, ya vengo aprovechando la introducción para ir anunciándolos.

mayúsculas para Europa mediante Tratado entre Estados. Presta incluso por sí misma un testimonio cuyo valor no depende de su suerte final en el tiempo. Sería testigo fiable aún en el caso de que el empeño entero fracasase. Que para la misma Europa, planteándose un futuro, el momento actual pueda exactamente presentarse como el de una encrucijada entre lo *preconstitucional* y lo *postcolonial*, con peso tan específico respecto a cada extremo unos prefijos — pre y post — como para figurar en el título de presentación, es aquello de lo que ha de rendir cuenta la exposición que sigue. Pudiera incluso que una tal encrucijada de *historia y derecho*, colonialismo mediante, no le afecte a Europa tan sólo. Estemos sobre alerta.

¿Quiénes? La ciudadanía y no sólo la academia, por supuesto, y además desde luego la segunda en cuanto rama de ciudadanos o ciudadanas antes que académicas o académicos, pero concretemos. Falta finalmente la deferencia de la dirección del discurso, quiero decir la identificación de destinatarios o destinatarias de este escrito. Estoy hablando de ciencia o disciplina jurídica e historiográfica a un tiempo. Trato de historia que alcanza al presente y depende del mismo, de la que interesa al derecho ante todo por ser presunción o criatura suya. Con esto entiendo que me dirijo tanto a juristas como a historiadores o historiadoras, a quienes asumen historia por una parte, la jurídica, y a quienes la trasponen por otra, la historiográfica, más o menos cada cual consciente y autorizada. De conciencia tanto o más que de autoridad y respecto a parte entera veremos que puede en definitiva tratarse.

2. *Motivación histórica de derechos y constitución.*

El *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa* o, más sucintamente, el Tratado-Constitución cuenta con preámbulo, incluso con el lujo llamativo de más de uno, donde se perfila en muy poco espacio toda una historia del sujeto en trance de constituirse formalmente. Leámoslo de entrada sin tener empero que dar por sentado su valor constituyente para Europa. Podemos presumirlo, pero habremos de contrastarlo. Para debida comprobación, conveniente explicación y oportuna problemática, vendrá más tarde el momento de ocuparnos de algunas claves respecto

tanto a instituciones como a derechos, a unos derechos de libertad. Contemplemos antes la motivación, cualquiera que vaya a ser su valor. Tratemos ante todo de historia, esto es de historiografía, nuestro oficio, un oficio de juristas en cuanto interesa a presunción más o menos imaginativa del derecho.

2.1. *Intriga de un doble preámbulo, 2000 y 2003.*

El proyecto europeo de Tratado-Constitución ofrece algunos de entre los registros, más o menos explícitos, de historia, más o menos implícita, y presenta por añadidura la peculiaridad de brindar no un preámbulo, sino dos a falta de uno. Hace doblete. Proporciona por partida doble narración, motivación y argumento. He aquí la explicación pronta de tal singularidad. La comisión interna de la Convención o, según la denominación adoptada, el Grupo de Trabajo que se dedicara a la materia clave de los derechos hizo en sustancia una triple propuesta. Primero, que se incorporara al proyecto constitucional la Carta de Derechos Fundamentales de la Convención del 2000 que hasta ahora se encontraba en una especie de limbo normativo. Segundo, que no se le tocara ni una coma evitándose así reabrir el debate sobre derechos en esta otra Convención. Tercero, que el preámbulo de la Carta se elevase a preámbulo de la Constitución. Se admitió lo primero, incorporándose la misma como parte intermedia del Tratado-Constitución, lo segundo, no admitiéndose enmienda ni debate alguno sobre tal sección, y no en cambio lo último ⁽³⁾.

He ahí el resultado. La Constitución, el Tratado que la contiene, se dotaría de su propia narración, motivación y argumento mientras que la Carta mantendría su propio preámbulo de narrativa, motivos y argumentación igualmente desde luego constitucionales por estar introduciendo libertades. Así la duplicación puede explicarse, pero no acaba de justificarse. Una vez que se asume la

⁽³⁾ Estas referencias y las que luego se añadan a propuestas y debates en la Convención, como las citas del propio texto del proyecto constitucional, provienen de la documentación almacenada y ofrecida en el sitio web oficial de la misma: <http://european-convention.eu.int>, sin dominio propio todavía Europa en internet; para sitio ulterior con subsiguiente documentación, http://europa.eu.int/constitution/index_en.htm.

labor íntegra e incluso intacta de la anterior Convención, ¿por qué no aceptar la propuesta entonces lógica de aprovechamiento de su preámbulo para el Tratado-Constitución mismo? ¿Qué razones pudo haber? Como no dejan de interesar a historia, a la imagen de una historia como fundamento posible de una constitución, entremos en la comparación. Por su duplicación, sea o no doblez, el preámbulo europeo va a servir a nuestro propósito de captación y confrontación de historia.

Sigamos el mismo orden del texto, viendo así primero el preámbulo producido en último término, el del Tratado-Constitución (2003), para pasar a compararlo con el que se realizara en primer lugar, el de la Carta de Derechos (2000). El primero, quiero decir el último que ahora encabeza todo el proyecto, lleva una fuerte carga histórica con la representación de una trayectoria de Europa desde antiguo como progenitora, promotora, transmisora y difusora de la civilización en singular. Todas las herencias culturales de Europa, inclusive las religiosas, persiguen y cubren el objetivo de civilidad de un valor universal y así para la humanidad toda. Tal cosa se sienta por un preámbulo. La cuestión, si la hay, no es de principio, de un principio de libertad, sino de lugar, de una ubicación europea. Ahí puede ya de entrada radicar un problema de carácter además colonial.

Cabe por supuesto predicar valores universales si éstos son de libertad, pero resulta que no está tratándose de la constitución de la humanidad aunque Europa así parezca creerse capaz de tamaña empresa. Para el más modesto objetivo de constituirse a sí misma, ¿por qué necesita y para qué recurre a tal predicación de universalidad en términos además de registro de propiedad? Si se repara en la desmesura, una impresión inquietante nos embarga. ¿No va manifestándose por este pie de entrada un fondo de colonialismo o al menos, por cuanto implica de orgullo supremacista convencido de la singularidad de civilización, un trazado de escenario colonial para una historia universal con Europa como agente que se presume virtualizador, si no incluso generador, de humanidad en libertad? Advirtamos enseguida que, de ser así, la conciencia falta. El preámbulo todavía entiende que tal historia lo es de la civilización humana y no del colonialismo europeo.

Tal sería el legado histórico de Europa como base ahora para

su constitución. Es ésta la forma concreta como el primer y último preámbulo sienta y aprecia unos valores universales de libertad que serían así y entonces patrimonio no sólo europeo, sino también de la humanidad sin más gracias a Europa precisamente. Son los valores que ahora sostienen la determinación en formar la Unión Europea por parte de unos pueblos, los pueblos de Europa cuya identidad se entiende establecida por las historias propias, por las historiografías que se dicen ‘nacionales’ y a las que además se mira como timbre de orgullo. He ahí el encabezamiento de un proyecto constitucional a todo cuyo través de un modo indefectible *nacional* no significa otra cosa que identificativo de Estado en exclusiva. Así resulta que Europa históricamente se constituye por los Estados europeos, éstos que cuentan con una historiografía consolidada sobre cuyo mismo firme ahora vendría a alumbrarse la historia común. Otras historias ni extra ni intraeuropeas no parece en cambio que importen ni mucho ni poco. Tales son los presupuestos que confieren sentido específico al preámbulo primero de un texto que ha sido el último de un proceso. Conviene leerlo completo. Como no cabe reproducir aquí las piezas del Tratado-Constitución en las diversas versiones de las lenguas oficiales europeas, todas ellas en la red, opto por la cita en la *working language* de la Unión a estas alturas ⁽⁴⁾. Luego tendremos otros documentos europeos, precisamente universitarios, que sólo se ofrecen así, en inglés. Por lo que

(4) Conscious that Europe is a continent that has brought forth civilisation; that its inhabitants, arriving in successive waves from earliest times, have gradually developed the values underlying humanism: equality of persons, freedom, respect for reason, — Drawing inspiration from the cultural, religious and humanist inheritance of Europe, the values of which, still present in its heritage, have embedded within the life of society the central role of the human person and his or her inviolable and inalienable rights, and respect for law, — Believing that reunited Europe intends to continue along the path of civilisation, progress and prosperity, for the good of all its inhabitants, including the weakest and most deprived; that it wishes to remain a continent open to culture, learning and social progress; and that it wishes to deepen the democratic and transparent nature of its public life, and to strive for peace, justice and solidarity throughout the world, — Convinced that, while remaining proud of their own national identities and history, the peoples of Europe are determined to transcend their ancient divisions and, united ever more closely, to forge a common destiny, — Convinced that, thus ‘united in its diversity’, Europe offers them the best chance of pursuing, with due regard for the rights of each individual and in awareness of their responsibilities

veremos sobre el apartheid de lenguas, conviene ir acusando detalles como éste desde ya.

Acudamos acto seguido, sin más solución de continuidad que el salto pequeño en el texto y en el tiempo, del 2003 al 2000, al preámbulo primero que ahora es el segundo, el de la Carta Europea de Derechos Fundamentales cuyo planteamiento difiere, si no quizás en el fondo, al menos en el énfasis, en los matices e incluso tal vez en alguna cosa más. Aquí nos encontramos con un sujeto histórico de nombre conocido e identidad no tan consabida. Quien comparece de entrada no es 'Europa', sino 'los pueblos de Europa' y además (préstese atención) no equiparados con exactitud ni por completo a los Estados. La ecuación aquí al menos no se cierra. Compartiendo por supuesto los valores de libertad del otro preámbulo, éste realza el valor en sí de la « diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local ».

Obsérvese el orden de unos factores que puede alterar el producto y la sintaxis de una secuencia que puede producir la alteración. Culturas y tradiciones son de los pueblos sumándose la identidad dicha 'nacional' de los Estados como si éstos constituyeran expresión, ya no en exclusiva, de los pueblos mismos. Tradiciones más específicamente constitucionales, junto a obligaciones internacionales interesantes también a derechos, se aportan por los Estados. Adviértase también que aquí se añade, aun como dependencia de Estado, un tercer nivel o a uno primero, según comience a contarse desde arriba o por abajo, el de los planos 'regional y local', como si el sustrato de historia nacional no fuera tan suficiente. Aun entendiéndose igualmente los valores propios como universales y así dignos de participación y promoción, no hay registro de civilización cual patrimonio de Europa para la humanidad toda. Si late un colonialismo, es menos aparatoso, bastante incluso mortecino. Entre matices y énfasis, el escenario y las figuras ofrecen una apariencia relativamente diversa. Leamos también este

towards future generations and the Earth, the great venture which makes of it a special area of human hope.

otro preámbulo completo. No tiene desperdicio, conteniendo algunos otros detalles que nos interesarán más tarde ⁽⁵⁾.

¿Atamos cabos? Protagonista no es *Europa* ni lo son *los Estados*, sino *los pueblos de Europa* que forman la primera sin agotarse en los segundos. Si lo *nacional*, entendido como lo propio del Estado y de su historia, no subsume por completo ni puede así representar en exclusiva la base de construcción de Europa por los pueblos, entonces corresponde abrir el panorama a lo *regional* y *local*. Dicho de otro modo, a este otro nivel, el tercero o el primero según se cuente, y no sólo así al estricto de los Estados que se dice *nacional*, pueden existir *pueblos*, protagonistas de entrada en la construcción de Europa, e historia interesante entonces al propósito. Si este otro nivel efectivamente entrase, primero o tercero que fuera, se contase como fuere, el de los Estados sería siempre, por intermedio y aún también por mediador, el segundo. Todo esto parece dirimirse entre dos preámbulos. Una ubicación sustancial-

(⁵) The peoples of Europe, in creating an ever closer union among them, are resolved to share a peaceful future based on common values. — Conscious of its spiritual and moral heritage, the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity; it is based on the principles of democracy and the rule of law. It places the individual at the heart of its activities, by establishing the citizenship of the Union and by creating an area of freedom, security and justice. — The Union contributes to the preservation and to the development of these common values while respecting the diversity of the cultures and traditions of the peoples of Europe as well as the national identities of the Member States and the organisation of their public authorities at national, regional and local levels; it seeks to promote balanced and sustainable development and ensures free movement of persons, goods, services and capital, and the freedom of establishment. — To this end, it is necessary to strengthen the protection of fundamental rights in the light of changes in society, social progress and scientific and technological developments by making those rights more visible in a Charter. — This Charter reaffirms, with due regard for the powers and tasks of the Union and the principle of subsidiarity, the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Social Charters adopted by the Union and by the Council of Europe and the case law of the Court of Justice of the European Union and of the European Court of Human Rights. In this context the Charter will be interpreted by the courts of the Union and the Member States with due regard to the explanations prepared at the instigation of the Praesidium of the Convention which drafted the Charter. — Enjoyment of these rights entails responsibilities and duties with regard to other persons, to the human community and to future generations.

mente colonialista de Europa se perfila en un preámbulo y está desdibujada en el otro, en el primero que ahora es el segundo. Pongo menos énfasis en los valores de libertad y democracia que comparten ambos preámbulos porque ya se encuentran en las Constituciones de los Estados añadiéndose ahora el escenario común.

2.2. *Pareja europea no bien avenida, política convencional e historiografía universitaria.*

Dos cosas podríamos hacer en este punto. Una de ellas consistiría en contraponer la doble imagen de la historia que nos brindan los preámbulos constitucionales europeos con aquellas que se ofrezcan por la historiografía más profesional, la nuestra digamos. La otra podría ser la de identificar y chequear los problemas efectivos implicados en la alternativa entre imágenes respectivas del Tratado-Constitución y de la Carta de Derechos. Parecen ambas realmente excesivas incluso por separado, pero afrontémoslas las dos. La primera es la más exorbitante o simplemente imposible, pues sería interminable la procesión de imágenes en la galería de retratos de la historiografía, pero resulta factible si recurrimos al método acreditado del muestreo y además de muestra única. No puede ser cualquiera. Hay una bien a mano, tanto como en casa, que sirve y quizás en efecto baste para el chequeo que nos interesa. Me refiero a la imagen de la historia que ofrezca la institución universitaria de la Unión Europea, la que tiene sede aquí mismo, bien cerquita, en Fiesole, Toscana, Italia ⁽⁶⁾.

Europa acaricia la idea de Universidad desde el arranque de los años cincuenta del siglo pasado como cimiento propio de ciencia y cultura, pero sólo es durante los setenta que se concreta y también se rebaja el perfil de la idea. Lo que finalmente se instituye no es en rigor fundación ni organismo de la Comunidad Europea enton

⁽⁶⁾ Bastan también a nuestro propósito la información y documentación que el Instituto Universitario Europeo ofrece en su sitio oficial: <http://www.iue.it>, con el dominio italiano pues no lo hay europeo todavía, y parte del material en inglés tan sólo, aunque todas las lenguas oficiales europeas lo sean ahí debidamente por supuesto. En el instituto se encuentra el archivo histórico de la Unión: <http://www.iue.it/ECArchives/Index.shtml>.

ces o de la Unión Europea ahora, sino de los Estados miembros, de todos ellos ayer y hoy, actuando así en paralelo al proceso de integración, más complementaria que constitutivamente. Tampoco es estrictamente Universidad, sino Instituto para estudios de postgrado tan sólo además en ciencias débiles, las de objeto social. Solamente se constituyen cuatro Departamentos, el de Derecho, el de Ciencias Políticas y Sociales, el de Económicas y, adviértase bien, el de *Historia y Civilización*, así llamado el que se dedica al doctorado en historiografía. No es previsible a estas alturas que el Instituto Europeo venga a desarrollarse como Universidad Europea teniéndose en cuenta la proliferación y abundancia de Universidades en Europa así como también y sobre todo el principio de subsidiariedad al que ya hemos encontrado referencia en el preámbulo de la Carta de Derechos y del que habremos de ocuparnos más tarde. Mas las materias que puedan interesarnos ya figuran y además procuran definirse. Avanzado el 2003, a las alturas de la segunda Convención Europea, la mitad de dichos departamentos universitarios, sólo dos, estiman necesario ofrecer una especie de manifiesto de intenciones, unas explicaciones sobre la manera como entienden y abordan su materia, mediante presentación que, aparte correspondencia y folletos, efectúan vía internet. Estamos de suerte. Se trata precisamente de los que pueden interesarnos, el Departamento de Derecho y el de Historia y Civilización. Leamos y chequeemos.

Advirtamos de antemano que la consideración que sigue no rinde una mínima justicia a los logros y, sobre todo, a los proyectos del Institutito Universitario Europeo ni en particular a los de sus Departamentos de Derecho y de Historia. No se trata aquí en absoluto de reseñar un trabajo o no siquiera de describir una imagen. Vamos literalmente a utilizar la presentación de lo uno y de la otra en el escaparate vistoso de internet para confrontar manifestaciones destacadas de la historiografía y la jurisprudencia profesionales con las imágenes de historia y derecho ofrecidas por el desdoblamiento de preámbulos del Tratado-Constitución, por este verdadero redoble. Sólo de esto se trata en este momento (7).

(7) Llegamos a documentos que se ofrecen exclusivamente en inglés, como *working language* también universitaria, cuando expresamente las lenguas oficiales en

El manifiesto de presentación de los estudios doctorales de derecho en la institución universitaria europea no concede entrada expresa a la historia salvo por la conveniencia de combinación, sin plantearse relativización ni superación, de las ‘tradiciones’ diferenciadas entre el *common law* y lo que no muy afinadamente se contrapone como *roman law*. El mismo descuido léxico respecto a un pretérito *ius commune* europeo, también inglés en cierto grado, sólo remotamente romano, ya acusa desentendimiento histórico. No tiene por qué ser motivo de reproche habida cuenta de lo que se ofrece como terreno y materia de estudios para la construcción jurídica de Europa: derecho internacional con la clave explícita de los derechos humanos; interconexión y comparación entre ‘sistemas jurídicos’ ya no tan ‘nacionales’ o ni siquiera territoriales en sus diversas ramas y especialidades con especial atención a «la constitucional, la pública, la laboral, la medioambiental, la civil, la mercantil» y a los capítulos más concretos de la competencia y la globalización; derecho en general y comparado en su contexto actual tanto social como cultural, tanto político como económico, más algunas especificaciones ulteriores de campo: «economía del derecho, estudios de género, teoría de la organización, ciencia política, sociología jurídica, análisis normativo [...]». Dejemos advertido, por cuanto vamos a ver, que, entre europeísmo, comparativismo, internacionalismo y globalismo, no hay registro ninguno de problemática postcolonial. En todo ello puede desde luego tener cabida y hasta papel la historia, con entrada entonces del colonialismo como problema para el derecho, pero en el discurso del manifiesto la misma no encuentra ni posición ni función a los efectos que aquí y ahora nos interesan, los de definición y contraste de imágenes formadas de Europa. Compruébese (8).

el Instituto Universitario Europeo son todas las estatales de la Unión, lo cual a su vez no deja de constituir un criterio problemático en un medio académico. Ya he dicho que el detalle merece registrarse por lo que vamos a ver sobre lenguas no europeas ni estatales.

(8) European University Institute. Department of Law. The issues of European legal institutions and the development of a body of European law feature prominently in professors’ research projects and in thesis topics. ‘Europeanisation’ designates an additional feature of increasing importance. Europe is not just represented through a distinct body of law. Legal issues in areas such as labour, economic, commercial, civil

Otro es el caso del manifiesto de presentación de unos estudios identificados por el binomio de *Historia y Civilización*. Es nombrado que no parece infundir satisfacción a un profesorado. La presentación departamental se hace la olvidadiza respecto (atención de nuevo) al segundo término. Comienza por prescindir del identificativo tan singularizado de *civilización*, tal y como si le produjera vergüenza ajena en casa propia. Es una sensación que se confirma con la lectura del manifiesto. Se descarta que la historia de Europa pueda integrarse por las solas *historias nacionales*, pero también se rechaza que haya una *historia europea* de signo por sí misma inequívoco desde tiempos además remotos. La historia que interesa se inicia en unos siglos más modernos, precisamente cuando se produce un contacto sostenido y creciente entre Europa y el resto de la humanidad. Por sus dinámicas, variables, contradicciones y discontinuidades tanto internas como externas, resulta una historia « sin un patrón único de desarrollo económico y político y sin un conjunto nuclear de valores ni de identidad integrada » en común

or administrative law are reflecting the mutual interdependence of (formerly) national legal systems and the emergence of transnational structures of governance. Any thorough treatment of European issues requires attention in a wider context. International law is a strong element in the Department's programme with a long-standing experience in human-rights protection and in social law; the study of competition law and international trade and the impact of globalisation on legal systems are increasingly attracting attention. Comparative approach: Researchers and Professors coming from many different countries build a large corpus of expertise on national legal systems. This feature facilitates comparative work, which is encouraged by the organisation of the teaching programme. Comparatists today cannot treat different legal systems as if they were to exist in a territorially delimited world. 'Europeanisation' has transformed the objects of 'comparative' research. Outside the EU globalisation processes have led to a restructuring of interdependencies. The Department's strong points in this respect are in the fields of constitutional, administrative, labour, social, environmental, civil and commercial law. Legal Theory and Law in Context: Law is not treated in a purely technical fashion, but is placed in its social, cultural, political and economic context. Such approaches and disciplines as legal theory, economic analysis of law, gender studies, organisation theory, political science, legal sociology and normative analysis of law all occupy important positions. Major efforts have been undertaken to overcome the schisms between legal theory and legal research, the production of theses 'about' law and 'in' law. The Department aims at combining the insights of legal traditions stemming as well from roman law as from common law. The focus in legal theory is on the structures of moral argument as directed towards evaluation and critical approaches to law, in particular with respect to controversial issues.

de modo constante ni en forma creciente. Parece, mas no se dice, que se cierne y que quiere conjurarse el fantasma del colonialismo mal cubierto por el sudario o mortaja de la civilización europea así identificada en singular.

Es gesto consecuente el de que entonces se excluya por parte de este Departamento cualquier visión celebratoria de un patrimonio o « legado europeo, sea en términos de antigüedad clásica, espiritualidad cristiana, renacimiento o ilustración ». No se adoptan ni siquiera estas fases segundas ya más laicas. No serían tales referencias sino « estereotipos de una evolución lineal y teleológica de valores universales europeos » así presuntos. En suma, esta presentación resulta de hecho una refutación en toda regla de la imagen de Europa del preámbulo que encabeza el proyecto del Tratado-Constitución. No puede ser, por anterior, intencionada, como tampoco es, por institucional, frontal, pero ahí se tiene poniendo en evidencia la presunción preambulatoria de dicho texto constitucional. Las expectativas políticas depositadas en el nombre mismo del Departamento de Historia y *Civilización* del Instituto Universitario Europeo están viéndose ahora espectacularmente defraudadas.

La historiografía académica, la de la propia academia más específicamente europea, resulta que no se presta ni está dispuesta. Templada, enfría y hasta hiela unas pretensiones tan sólo con inhibirse. Pasa de ellas. No está ahora por acudir con armas, recuas ni bagaje, con impedimenta ni algarabía, al alarde. Esto sería, como expresamente se acusa, « hacer política » y no historia, no historiografía. Con esto se excluye y cancela no sólo una narrativa que tome a Europa por sujeto, sino también toda aquella que tenga por tal, por protagonista, a cualquiera de entre 'los pueblos' europeos. Con toda esta servidumbre sencillamente resultaría que no cabe historia solvente, historiografía tal, para la construcción de sujetos. Se trata, no de alternativas entre ellos, sean Estados o pueblos, sea Europa o algún otro paraje más o menos continental de la humanidad, sino de imperativos científicos que han de excluirlos sin excepción posible. La historiografía parece que esté de vuelta del servicio constituyente a cuerpos políticos, de esta movilización que sobre todo son los Estados quienes la han requerido y organizado. Desde la enseñanza primaria a la investigación universitaria, ha sido

bien ancha la plaza pública del alarde. Estamos ahora con la Universidad Europea y el sujeto de Europa. Chequéese el manifiesto completo ⁽⁹⁾.

(9) The Department of History and Civilisation's goal is the study of European history, understood less as a collection of the histories of nation states than as a study of the complex relationships between them. Our chronological coverage extends from the Renaissance — when Europe's contact with the world became more continuous and European forms of self-reflection more intense and systematic — to the present, roughly from the fifteenth to the beginning of the twenty-first centuries. In terms of its geographic coverage, the Department promotes two views: that the concept 'Europe' encompasses the continent's eastern and south-eastern regions, but that the issue of Europe's frontiers over time remains an open subject; and that a crucial dimension of Europe's history is represented by its relations with the world's other regions and cultures. An analytical — or conceptual — tension defines the Department's approach to the history of Europe. All the while offering an open forum for discussing this history, the Department promotes the view that no single pattern of economic and political development, no central set of values, no integrated identity (much less one crafted by recently created centralized institutions) can account for Europe's history over the past several centuries. Our aim, therefore, is to capture the varieties, contradictions, specificities, continuities and discontinuities embedded in Europe's past. On the other hand, and just as importantly, the Department encourages the exploration of themes that deal with European-wide phenomena — of ideas, economic trends, social, political, and cultural movements — which provide an analytical common ground from which to examine the history of Europe. We are convinced that such an analytical tension — between common and diverse elements in Europe's past — results in a rich, complex, and certainly non-celebratory view of European history, which transcends both the histories of individual nation-states and of Europe as the sum of its national histories. Such tension is especially evident in discussions regarding the key issue of modernity. In addressing this question, the Department's collective research activity tries to avoid stereotypes of a linear and teleological evolution of universal European values. Ideas of a European heritage, be it in the name of classical antiquity, Christian spirituality, the Renaissance, or the Enlightenment, are confronted with historical specificity and variety over time and space. European modernity is seen as a development fraught with tension between, for instance, individual freedom and social solidarity, humanism and otherworldliness, market and the state, liberalism and totalitarianism, citizenship and ethnic solidarity, war and peace. The Department aspires to study the problems of the present world in the context of the historical *longue durée*. While we are keen on imparting to our students skills and techniques necessary for understanding the past, we are not antiquarians. And although we recognise that often our engagement with the past arises from our passion with problems of our own world, we are not, and do not aspire to be, policy makers. We strive to cultivate in our own work, and to instil in that of our students, that delicate balance of looking to the past from the perspective of today, and to our world from

El otro preámbulo, el primero que es ahora el de la segunda parte, el que encabeza la Carta de Derechos, tampoco se ve exactamente avalado. La idea de unos valores inequívocamente europeos de validez además universal, díganse o no *civilización* en el singular de la exclusión, esta idea de fondo que ambos preámbulos realmente comparten, queda tocada de lleno en su misma línea de flotación por el planteamiento profesional de una historia de Europa dentro de la propia institución universitaria europea. Si siguiéramos confrontando imágenes de historiografía solvente por otros ámbitos, encontraríamos desde luego ulteriores matices y mayores concreciones posibles ambos sobre todo por no ubicarse todo el resto en la dependencia de una institución fundada para construirse la imagen histórica de Europa como *la civilización* singularizada sin más⁽¹⁰⁾. Con la ampliación del panorama, llegaría a acusarse el anacronismo del preámbulo del Tratado-Constitución en cuanto que recuperación de una imagen decimonónica de fondo netamente colonial, mientras que la historiografía más solvente lleva décadas intentando situarse en lo que denomina el *postcolonialismo*, esto es, procurando afrontar la necesaria descolonización de sí misma mediante la atención debida a las historias no europeas con su tracto efectivo de hipotecas coloniales

that of the past. From the point of view of historical method, the Department's identity lies above all in the importance it assigns to a comparative approach, and in the development of interdisciplinary perspectives and methodologies. For teaching and research purposes, the Department's teachers and students find it useful to organize their intellectual energies on a small number of fields (usually referred to as clusters), which serve as foci for teaching and research activities. These clusters change with the changing composition of the Department's membership. The following are the department's current clusters: Rethinking the History of Europe; European expansion; expansion; Population, family and gender; Culture; The state and reflections about its nature and history; Industrial societies and modern political regimes; European integration; Economic and Social History.

⁽¹⁰⁾ Puede ahora incluso interiormente confrontarse A. PAGDEN (ed.), *The Idea of Europe: From Antiquity to the European Union*, Cambridge 2002, botón de muestra afortunadamente más pluralista de lo que el mismo *editor* pretende tras haber experimentado (confróntese en particular su *Introduction*, pp. 1-32, con J. TULLY, *The Kantian Idea of Europe: Critical and Cosmopolitan Perspectives*, pp. 331-358) que las intervenciones más incisivas resultan adversas a su propia construcción de imagen civilizatoria: A. PAGDEN, *Lords of All the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain and France, c. 1500-c. 1800*, New Haven 1995. A esto vamos. La imagen de Europa como *Lord of the World* va a tener realmente que ocuparnos.

no del todo superadas por la descolonización habida ⁽¹¹⁾. He ahí seguramente el paradigma historiográfico al que apunta y en el que no acaba de situarse con claridad ni decisión el manifiesto del Departamento de *Historia y Civilización* de Fiesole ⁽¹²⁾.

Imagino la perplejidad de cara al centro europeo. ¿Dónde queda la clave, esa verdadera clave de la vida pretérita y presente de Europa representada por la *Civilización* como pareja de la *Historia* con inicial en mayúscula y número en singular la una igual que la otra? Compara la civilización por el nombre del Departamento europeo para eclipsarse a continuación totalmente. Brilla desde luego, pero por su ausencia. La denominación viene dada y un equipo facultativo no parece sentirse muy cómodo con la credencial. Sin embargo, no puede o tal vez no sabe despejar la propia clave. Baste el síntoma visto de la vergüenza. Si tamaña pretensión europea de representar la civilización humana ya hubiera de producirla ajena, se demuestra propia en su propio seno. He ahí el sentido de un silencio.

Con la visita virtual a Fiesole, el panorama se clarifica, pero el escenario no se ilumina. Comienza por ocurrir que, como manifiesto institucional en sede europea, la presentación del Departamento de Historia y Civilización no acaba realmente de franquearse. Ha convenido una lectura no sólo detenida, sino también entre líneas. Sus argumentos están remitiendo a un orden de discurso que tiene su nombre y que pudiera parecer ofensivo para Europa, para la Unión Europea de dichas pretensiones civilizatorias, si se le dice en la cara. Se trata de un postismo entre tantos como abundan. Los motivos del manifiesto pertenecen en general al postmodernismo y más particularmente, en efecto, al postcolo-

⁽¹¹⁾ TULLY, *The Kantian Idea of Europe*, cit., p. 336: se trata de posiciones caracterizadas como *postcolonial* o *postimperial* « not because they believe imperialism is over but because they question the vestiges of imperialism in the received ways of thinking about and organizing politics, especially where these ways are presented as non-imperial and the imperial setting of their composition and dissemination is overlooked ».

⁽¹²⁾ Proponiendo ante el mismo departamento europeo el debate sobre el binomio identificativo de *Historia y Civilización* cuando el manifiesto aún no existía, B. CLAVERO, *Freedom's Law and Oeconomical Status: The Euroamerican Constitutional Moment in the 18th Century (A Presentation to the European University Institute)*, en estos « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 30, 2001, pp. 81-135.

nialismo. En el contexto de una historiografía que se profesa postcolonial, que se presenta ella misma como tal, es donde cobra sentido el silencio clamoroso de una institución universitaria sobre el término de civilización como identificativo impuesto.

Si pasásemos a confrontar particularizadamente otros exponentes de historiografía profesional por ámbitos diversos al institucional europeo, encontraríamos desde luego respecto a la misma Europa, entre variantes pronunciadas, hasta las sorpresas más imprevistas, posibles éstas ante todo por la marcada diversidad de ubicaciones no sólo geográficas, sino también culturales, sin la hipoteca de construcción de la respectiva imagen. Tendríamos un muestrario expresivo de posibilidades y hasta pródigo de contradicciones por supuesto. Nos encontraríamos también con la confirmación del trasfondo común del postcolonialismo en la historiografía que pueda realmente interesar para ubicarse y aquilatarse la imagen civilizatoria asumida por Europa como base constitucional propia. A los efectos del mismo contraste, puede sin embargo que baste el manifiesto del departamento universitario europeo. El muestreo de muestra única no es que sea muy científico, pero tal vez resulte fiable, por representativo, en algún que otro caso.

3. *Coyuntura de historia problemáticamente constitucional.*

La gente que se dedica profesionalmente a la ética práctica o a la filosofía del derecho suele entender que produce pensamiento normativo y así presumir que sus planteamientos han de interesar por esta vía de ordenamiento poco menos que a multitudes. No es otra la composición de la historiografía que se pretende historia, como precisamente la que se asume por constituciones o por sus preámbulos. La hay menos pretenciosa por más consciente. No propongo que nos adhiramos a alguna alternativa, sino que chequeemos para situarnos. Mi posición representaría sólo un voto entre los millones de ciudadanos y ciudadanas de Europa y menos aún fuera de ella. Si argumentase convincentemente y persuadiera a unos lectores y lectoras, siempre democráticamente seríamos, entre tantísimos votos, unos cuantos tan sólo. No se trata ahora sin embargo de sufragio, sino de escrutinio.

3.1. *Desafío al colonialismo en la India: los Subaltern Studies como estudios postcoloniales.*

El muestreo de caso único puede satisfacer si la muestra es representativa. Lo que no basta entonces es que el chequeo sea exclusivamente en negativo. Si nos quedásemos en el testimonio del manifiesto del departamento europeo llegaríamos a la conclusión quizás precipitada de que la historia no sirve para nada de utilidad salvo el subsidio del propio ingenio, nuestro sueldo. Su objeto se disuelve entonces en la conciencia postmoderna de que sus sujetos son todos inconsistentes. El testimonio de la historia resultaría así el de las variantes innumerables y las discontinuidades recidivantes. ¿Ya no cabe ninguna historia para la identificación positiva de sujetos activos como, por ejemplo ahora, Europa? Si el escenario ha de ser el postcolonial, la respuesta no parece nada fácil ni desde luego cómoda, dada precisamente la responsabilidad europea por el colonialismo histórico. ¿Qué imagen entonces puede que sirva para constitución propia? La historia efectiva ya advertí que pesa, pero no es el suyo ahora exactamente nuestro asunto, como igualmente tengo alertado. Nos importa la historia figurada como protagonista de una obra quizá incluso de ficción que se desenvuelve en el escenario de un pasado que, por realista éste, por colonial para más señas, aún puede, frente a todas sus ilusiones, acecharle. Vamos a compulsarlo.

El escenario puede cernirse sobre la propia obra. Según el manifiesto europeo a su modo acusa, pues no es que franquee, la misma historiografía de Europa está procurando afrontar su descolonización interna mediante la atención debida a las historias no europeas desde el momento pretérito de unos contactos ya más continuos hasta el presente, desde un arranque que así y no de otro modo puede caracterizarle. Se trata de unas historias que lo que ponen de relieve no es en efecto la recepción de civilización, sino el padecimiento de invasión y depredación con tal presunción encima de la transmisión de humanismo por la parte europea. De esta constancia proviene realmente la vergüenza ante la propia denominación oficial de un departamento europeo. El silencio es entonces el signo más elocuente de la necesidad de otras voces para la percepción y ubicación de Europa en la historia propia y el escenario común. La historiografía postcolonial

está ahí ante todo para recordarnos el reto que supone una historia colonialista y la propia historia colonizada (13).

Europa en la historia es, ha de ser, Europa entre las historias, civilización entre civilizaciones, cultura entre culturas en términos menos pretenciosos y más participables. Porque no haya sido efectivamente en el pasado provincia en el territorio de la humanidad, una provincia más, no tiene Europa derecho alguno a mantener la pretensión ni la imagen de civilización por excelencia y hasta en solitario por el presente y para el porvenir (14). Por unos tiempos como los actuales ellos mismos postcoloniales, colonial es el sentido del ensimismamiento en la propia figuración de la historia por la parte pretéritamente colonialista, la europea extendida y presente por otros continentes. Las historias ofrecen contraste con sólo que sean plurales. Hay otras historiografías. Hay otras civilizaciones o mejor, pues conviene palabra efectivamente más comprensiva, otras culturas. Y por tierra ajena que en parte, como por América, Europa ha hecho propia, hay toda una historia precisamente de colonialismo entre ella y el resto, *the West and the Rest* (15).

América, la historiografía americana, potencia a Europa, a la figuración europea, en la medida precisamente en la que supone una extensión y un desdoblamiento, esto es, en el grado exactamente en el que prosigue la misma historia colonial. Si el espacio europeo es no ya geográfico, sino, con todas sus implicaciones, cultural, el que suele decirse occidental alargándose hacia otras Europas transoceánicas y

(13) B. ASHCROFT, G. GRIFFITHS y H. TIFFIN, *Post-Colonial Studies: The Key Concepts*, Londres 1998; Frederick COOPER, Thomas C. HOLT y Rebecca J. SCOTT, *Beyond Slavery: Explorations of Race, Labor, and Citizenship in Postemancipation Societies*, Chapel Hill 2000; Walter D. MIGNOLO, *Local Histories / Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledges, and Border Thinking*, Princeton 2000; L.T. SMITH, *Decolonizing methodologies: Research and Indigenous Peoples*, Londres 2001; R. J.C. YOUNG, *Postcolonialism: An Historical Introduction*, Oxford 2001; M. A. HASIAN, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts: A Critical Rhetorical Examination of Legal Histories*, New York 2002.

(14) V. CHATURVEDI (ed.), *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial*, Londres 2000; D. CHAKRABARTY, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton 2000.

(15) M. BLAUT, *The Colonizer's Model of the World: Geographical Diffusionism and Eurocentric History*, New York 1993; J. RABASA, *Inventing America: Spanish Historiography and the Formation of Eurocentrism*, Norman, 1993.

hasta las antípodas europeas de Australia y Nueva Zelanda, la operación historiográfica de la Europa nuclear por una imagen colonial sin conciencia de colonialismo encuentra no sólo respaldo y aliento, sino incluso ambiente y predominio. Unas historias no europeas son historias europeas. ¿Qué mejor evidencia de universalismo? La presunción universalista de los preámbulos constitucionales pueden ofrecer la apariencia de sostenerse gracias al equívoco entre uno y otro sujeto, el geográfico y el cultural, frente a unos datos como el bien primario de que Europa sea una península de Asia o, si se prefiere, un subcontinente asiático, lo mismo que la India, y como el nada secundario de que, si resulta más, es mediante todo un pasado colonial (16). La evidencia resulta historia no problematizada por historiografía. Mas el cuestionamiento cunde entre otras Europas ultraeuropeas. Conviene que lo observemos para el chequeo en positivo.

Volvamos entonces la mirada hacia una historiografía no europea ni tampoco euroamericana ni euro-oceánica o de cualquier otra secuencia expansiva de la misma cultura matriz. Procedamos a otro muestreo de muestra única. Para mirar a Europa, para mirarnos en su historia quienes pertenecemos a su espacio, tomemos un espejo no europeo. Sea entonces asiático. Exploremos en concreto una veta historiográfica realmente fronteriza, la del *Subaltern Studies Group* que identifica a un colectivo de investigación indio, de dicha India asiática (17), con un radio de influencia que ha trascendido la historia regional, subcontinental y hasta conti-

(16) J.G.A. Pocock, *Some Europees in their history*, en Pagden (ed.), *The Idea of Europe*, cit., pp. 55-71.

(17) *Subaltern Studies: Writings on South Asian History and Society*, Oxford University Press 1982-1999, diez volúmenes de igual subtítulo seriados, dirigidos los seis primeros por Ranajit GUHA, el séptimo por Partha CHATTERJEE y Gyanendra PANDEY, el octavo por David ARNOLD y David HARDIMAN, el noveno por Shahid AMIN y D. CHAKRABARTY, y el décimo por Gautam BHADRA, Gyan PRAKASH y Susie THARU. El siguiente volumen de la serie, ya el undécimo, dirigido por P. CHATTERJEE y Pradeep JAGANATHAN, renueva subtítulo: *Subaltern Studies: Community, Gender, and Violence*, New York 2000. Hay *readings* más que introductorios: R. GUHA y C.C. SPIVAK (eds.), *Selected Subaltern Studies*, Oxford 1988, con *foreword* de E. W. SAID; R. GUHA (ed.), *A Subaltern Studies Reader, 1986-1995*, Minneapolis 1997; S. RIVERA CUSICANQUI y R. BARRAGAN (eds.), *Debates post-coloniales: Una introducción a los estudios de la subalternidad*, La Paz, 1997 (*reading* sin congénere en el mercado español); D. LUDEN (ed.), *Reading Subaltern Studies: Critical History, Contested Meaning, and the Globalization of South Asia*, Londres, 2002.

mental de Asia extendiéndose particular y significativamente hacia América (18). Procedamos ante todo a localizar ulteriormente este movimiento historiográfico, un ejercicio el de la localización de lo más indicado siempre y muy en particular por estos tiempos postcoloniales para la comprensión de posiciones (19).

El núcleo originario de los *Subaltern Studies* se sitúa en Kolkata, la colonial Calcutta, en pleno corazón de la Bengala hindú, no de la musulmana, no de Bangladesh. Es lugar de temprana presencia británica, asentada desde el XVIII, y *locus* de una élite hindú más pronta y convencidamente britanizada. Intelectualmente, el sitio de partida del grupo es el marxismo, pero no en la versión más ortodoxa que entronca con la imagen convencional de la ilustración europea sólo que colocando al proletariado en el sitio de la burguesía y a la emancipación social en el puesto de la libertad propietaria. La *subalternidad* subraya un enfoque que lo que persigue precisamente es superar tales estereotipos concediéndosele el protagonismo debido a unas mayorías que son rurales y no europeizadas, las tenidas colonialmente por incivilizadas, para el replanteamiento consiguiente de toda una historia, la historia en

(18) Aparte por ahora investigaciones monográficas bajo la influencia, Fl. E. MALLON, *Dialogues among the Fragments: Retrospect and Prospect*, en F. COOPER y otros, *Confronting Historical Paradigms: Peasants, Labor, and the Capitalist World System in Africa and Latin America*, Madison 1993, pp. 371-401, y más particularmente, en un *Forum* de la revista sobre los *Subaltern Studies* junto a G. PRAKASH y F. COOPER, la misma F.E. MALLON, *The Promise and Dilemmas of Subaltern Studies: Perspectives from Latin American History*, en *American Historical Review*, 99, 1994, pp. 1491-1515; W.D. MIGNOLO, *Local Histories / Global Designs* ya citado; J. BEVERLEY, *Subalternity and Representation: Arguments in Cultural Theory*, Durham 1999; A. y F. DE TORO (eds.), *El debate de la postcolonialidad en Latinoamérica*, Frankfurt am Main 1999; I. RODRÍGUEZ (ed.), *The Latin American Subaltern Studies Reader*, Durham 2002. La revista « Dispositio (American Journal of Cultural Histories and Theories) » dedicó el número 46, 1994, a *Subaltern Studies in the Americas* (eds. J. RABASA, J. SANJINES y R. CARR) y anuncia ahora el 52, 2004, *Ten Years After: Latin American Subaltern Studies Revisited*.

(19) H. K. BHABHA, *The Location of Culture*, Londres 1994 (hay traducciones), que precisamente se sitúa en la misma localización de origen de un estrato de la India britanizado *ma non troppo* o, quizás mejor, no del todo, interesándose por el grupo de *Subaltern Studies*. Prologa una segunda recopilación, segunda tras *Provincializing Europe*, de D. CHAKRABARTY, *Habitations of Modernity: Essays in the Wake of Subaltern Studies*, Chicago 2002.

particular de la liberación de la India frente al dominio británico (20).

Observemos que hay dislocaciones en las localizaciones por la misma posición doblada, entre lo bengalí y lo británico, del propio observatorio. Casos más unilateralmente extensivos de cultura europea, como el euroamericano, no nos depararían este mapa complejo de entrada. Con los *Subaltern Studies* nos encontramos en terreno más que fronterizo, de una frontera que no consiste en el trazado de una línea de demarcación entre culturas ni geografías, sino en la extensión de toda un área de encuentros y desencuentros, de dominios y subyugaciones, de resistencias e hibridaciones. Por la Bengala hindú concretamente, tras el episodio británico, no hay por lo visto un Asia que se distinga en modo neto de una Europa como tampoco parece entonces que se dé la viceversa.

Europa así no resulta una referencia exterior que, como llega, se marcha o, como ocupa, evacua. Tampoco parece civilización que se expanda iluminando y capacitando o participando y humanizando. Es cultura entre culturas con una especial fuerza para imponerse no solamente por medios bélicos y políticos, sino también por los más específicos de penetración y reacomodo culturales. Sigue presente y pesando la cultura europea tras el doblegamiento y la retirada del colonialismo británico en plan directo. La mayoría de quienes inspiran y encabezan de un modo decisivo el movimiento de independencia de la India precisamente se caracteriza, contrastando con el nuevo Pakistán y con la posterior Bangladesh, por la interiorización de una narrativa en sustancia colonial, aun con todo su argumento hindú. Lo que se expone es un proceso de habilitación e incluso civilización por mérito de una Europa tan enemiga como amiga, ya liberal, ya también marxista. Esta composición europeizada de la propia historia por vía nacionalista se tiene por el grupo de los *Subaltern Studies* como blanco principal de su combate cultural (21). Un pueblo con cultura propia suya de tracto precolonial habría de situarse en el lugar de las élites

(20) V. CHATURVEDI, *Introduction* a la antología citada, *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial*, pp. VII-XIX.

(21) P. CHATTERJEE, *Nationalist Thought and the Colonial World: A Derivative Discourse*, Londres 1986; el mismo, *The Nation and its Fragments: Colonial and*

britanizadas con todo el daño colateral que esto hubiera indudablemente de ocasionar a la imagen histórica y presente de Europa en Asia y, en definitiva, ante sí misma (22).

Dipesh Chakrabarty, miembro temprano, aunque no fundador, del grupo de los *Subaltern Studies*, extrae un balance de cuentas con Europa a la vuelta del segundo milenio del calendario cristiano. Da ya como incontrovertible punto de partida la posición postcolonial que provincializa a Europa o debe hacerlo. Su historia, la europea, no representa ninguna instancia universal ni tampoco el paradigma para construirla, o no debiera pretenderlo. La presunción europea de representar la civilización expansiva, por única, vertebrando el sentido y la secuencia de los tiempos para la humanidad toda no sólo ha sido un ensueño iluso, sino también un arma cargada de dominación humana con gatillo activado. He ahí el fuerte motivo para provincializar Europa a ultranza (23).

Pero ahí no tenemos el fin de la historia para el propio Chakrabarty. Sigue el mismo explicándose. Tras la fase colonial, una emancipación política resulta que no comporta la desvinculación cultural ni mucho menos. Las culturas no europeas entiende que de hecho se encuentran a esas alturas sin paradigmas propios que capacitasen para ofrecer alternativas o ni siquiera para inter-

Postcolonial Histories, Princeton 1993. Se reúnen estos textos en *The Partha Chatterjee Omnibus*, Oxford 1999.

(22) Toda la colectánea de *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial* resulta sumamente interesante al respecto, con fuertes momentos de confrontación crítica incluso interna del grupo sobre todo por su conexión marxista, pudiendo destacarse R. O'HANLON, *Recovering the Subject: Subaltern Studies and Histories of Resistance in Colonial South Asia* (pp. 72-115, originalmente en « *Modern Asian Studies* », 22, 1988, pp. 189-224); G. PRAKASH, *Writing Post-Orientalist Histories of the Third World: Perspectives from Indian Historiography* (pp. 163-190, originalmente en « *Comparative Studies in Society and History* », 32, 1990, pp. 383-408); G. PANDEY, *Voices from the Edge: The Struggle to Write Subaltern Histories* (pp. 281-299, originalmente en « *Ethnos* », 60, 1995, pp. 224-242). El *postorientalismo* es capítulo del postcolonialismo que tiene por evidente término de referencia a E.W. SAID, *Orientalism*, New York 1979 (hay traducciones); puede añadirse M. BAYOUMI y A. RUBIN (eds.), *The Edward Said Reader*, New Cork 2000, que entre sus materiales incluye pasajes de *Orientalism*. Añádase una colección de artículos de *Law and Critique*: E. DARIAN-SMITH y P. FITZPATRICK (eds.), *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor 1999.

(23) D. CHAKRABARTY, *Provincializing Europe*, particularmente la reflexión de la *Introduction: The Idea of Provincializing Europe*, también para cuanto sigue.

poner enmiendas a la totalidad de cara a la imaginería europea. Incluso para representar la historia de la humanidad colonizada piensa que hace falta recurrir al sentido y la secuencia de los tiempos marcados por Europa. Chakrabarty da por hecho que no hay contra o alter-paradigma al menos para la historiografía de factura académica. Europeo es ahora el lenguaje, más todavía que la lengua, de términos y de conceptos, de periodos y de progresiones, se piense y escriba también en hindí o en bengalí. Es trasfondo que se hace omnipresente, aunque sea por contraste inevitable, para la misma recuperación y reconstrucción de las otras historias igualmente todas provinciales, las no europeas inclusive. Entiéndase lo de la provincialidad en forma por supuesto figurada para el lugar cultural que interesa de lo más neurálgicamente a la dimensión jurídica (24).

De su propio lugar cultural, el personal, se muestra Chakrabarty bien consciente. Ante todo, frente a lo que suele ser el hábito académico de matriz europea, se sabe parcial por localizado. Entiende que su composición de la historia a caballo entre la necesaria ausencia y la inevitable presencia de Europa pueda deberse a su propia localización, la del observador. Es entonces importante el autoanálisis antropológico, esto es, la conveniente ubicación cultural de la observación social, dígame científica si se quiere, en sí y por sí misma para medir no sólo visibilidad de campo, sino también penetración de mirada (25). La percepción de

(24) Para un abordaje comparado con particular consideración del caso indio y bengalí, L. BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge 2002, pp. 127-152. Entre su bibliografía, merecen destacarse un par de colectáneas, la del fundador y primer alma de los *Subaltern Studies*: R. GUHA, *Dominance without Hegemony: History and Power in Colonial India*, Cambridge 1998, y la de B. S. COHN, *Colonialism and its Forms of Knowledge: The British in India*, Princeton 1996, también relacionado con el movimiento. R. GUHA, introduce su anterior recopilación, de B.S. COHN, *An anthropologist among the historians and other essays*, Oxford 1987. Para 2004 se anuncia la edición conjunta bajo el título de *Bernard Cohn Omnibus*.

(25) D.E. REED-DANAHAY, *Auto/Ethnography: Rewriting the Self and the Social*, Oxford 1997; D. A. MIHESUAH (ed.), *Natives and Academics: Researching and Writing about American Indians*, Lincoln 1998; V. MONTEJO, *Voices from Exile: Violence and Survival in Modern Maya History*, Norman 1999, pp. 3-25; B. CLAVERO, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de las Indias Ayer y Hoy*, Madrid 2002, pp. 53-64.

la subalternidad ha de comenzar por advertir la relatividad de la observación y por mover a la puesta en cuestión de la entidad y alcance de la propia ciencia social. En cuanto que actividad académica, no cabe en absoluto la historiografía omnisciente. Hasta en la más pura ficción ya pasaron los tiempos de este tipo de narraciones ⁽²⁶⁾.

Chakrabarty se aplica. Se autolocaliza bengalí hindú que, desempeñándose como profesor en universidades de Australia y de los Estados Unidos, atraviesa de ida y vuelta sin mayor problema la frontera con el locus anglófono cosmopolita, pero que no sabe en cambio cómo hacerlo ante las lindes más cercanas del lugar bengalí musulmán. Fue educado en la más supina de las ignorancias de que en su propia sociedad la mayoría era islámica no britanizada. Al cabo en fin consciente de tamaños condicionamientos, ¿cómo puede pretender ningún valor universal para su composición de historia con buena entrada, aunque resulte esquizofrénica, para Europa? He ahí el sentido de la localización, un sentido que provincializa ante todo la propia posición ⁽²⁷⁾. Puede llegar a más la misma limitación. Moviéndose con soltura entre un locus cos-

⁽²⁶⁾ J. BEVERLEY, *Subalternity and Representation*, ya citado, pp. 25-40 (p. 36: frente a la historiografía como 'omniscient narrator'), capítulo expresivamente titulado *Writing in reverse: The Subaltern and the Limits of Academic Knowledge* (originalmente aparecido en el número citado de *Dispositio*, 46, 1994). Y véase cómo la (*self*)location puede ya ser un apartado de los prolegómenos metodológicos que se entiende obligado: M. J. SHAPIRO, *Methods and Nations: Cultural Governance and the Indigenous Subject*, New York, 2004, pp. XII-XIV, más su capítulo *Social Science, 'Comparative Politics', and Inequality*, pp. 1-31. Para los tiempos de las ficciones omniscientes, E.W. SAID, *Culture and Imperialism*, New York 1993 (hay traducciones).

⁽²⁷⁾ CHAKRABARTY, *Provincializing Europe*, cit., pp. 3-23, la introducción citada; para su conciencia de la división bengalí más entre hindúes que respecto a musulmanes, *Memories of Displacement: The Poetry and Prejudice of Dwelling* y *The In-Human and the Ethical in Communal Violence*, escritos de 1995 y 1996 ahora reunidos en *Habitations of Modernity*, pp. 115-148. Tocante a Asia, el clásico de la localización cultural no lo es respecto a sí mismo: Cl. GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York 1983 (hay traducciones). Tratando de historia propia, al primero la autolocalización antropológica también le sirve a efectos metodológicos: « I can, therefore, bring my position as analyst into dialogue with my position as native informer » (CHAKRABARTY, *Habitations of Modernity*, cit., p. 101, en capítulo de 1994 sobre *The Subject of Law and the Subject of Narratives*, pp. 101-114, del que trataremos).

mopolita y el hindú, no se maneja con ninguno musulmán, ni siquiera con el bengalí, ni tampoco con los de otros pueblos de este subcontinente asiático de culturas anteriores a tales otras presencias dominantes ⁽²⁸⁾. ¿Qué historiografía europea nos ofrece por su parte localización semejante? Con su presunción universalista, suele ser inconsciente del alcance de su ignorancia de culturas y lenguas.

¿Qué historia de matriz sólo europea, sea tal o también americana o incluso asiática, se plantea el examen de conciencia para localización de cultura? Por América se intenta ante la evidencia tan pretérita como presente de culturas no europeas en el propio campo. Como ya he indicado, la tendencia de los *Subaltern Studies* influye en la dirección de localizarse la observación para provincializarse la historia. Sin embargo, parece que cuesta más, bastante más, atenerse por América a los términos y condicionamientos de la propia posición de cultura. Se hace realmente cuesta arriba. Acudamos al testimonio de alguien que se encuentra a caballo entre variantes culturales de matriz europea, como lo hispano o lo latino y lo anglo, y que contempla todo un espacio de pluralidad mucho mayor por la percepción de la presencia de la humanidad no europea, la indígena en América. Seleccione caso que, como buena muestra única, también se revele

(28) Respecto a la India y Bangladesh, puede convenir el recordatorio de la mayor complejidad del panorama por la existencia de culturas ni hindúes ni musulmanas ni para nada britanizadas, las de pueblos que más estrictamente pueden decirse indígenas en el subcontinente: K. WESSENDORF (ed.), *Challenging Politics: Indigenous Peoples' Experiences with Political Parties and Elections*, Copenhague 2001, pp. 94-168. Chakrabarty no los ignora siempre, pero no los trae nunca a un primer término; véase su significativa reflexión sobre *Minority Histories, Subaltern Pasts*: CHAKRABARTY, *Provincializing Europe*, cit., pp. 97-113, con dicho lenguaje de *minoría* y también con el de *tribu*, criaturas coloniales donde las haya ambas categorías. Véase además cómo, empobreciéndose el panorama y simplificándose la problemática, se atiende a *scheduled castes* y no a *scheduled tribes*, no a pueblos indígenas, ni hindúes ni musulmanes, ya censados por el colonialismo británico y luego reconocidos por el constitucionalismo indio: CHAKRABARTY, *Governmental Roots of Modern Ethnicity*, en *Habitations of Modernity*, cit., pp. 80-97. Ya hemos podido observar que este asunto de unos pueblos no figura de forma específica entre las materias ahora destacadas por el subtítulo del volumen último de los *Subaltern Studies*, el undécimo de la serie: *Community, Gender, and Violence*. Puede verse una valoración del viraje por la reseña de S. SAWHNEY en «*Journal of Colonialism and Colonial History*», 3, 2002, 3, sin paginación en la edición electrónica.

sensible a las incitaciones concretas de los *Subaltern Studies* por centrarse en el estudio histórico de la subalternidad misma. Me refiero al trabajo de Florencia Mallon y en particular a su investigación sobre el papel del campesinado, de un campesinado indígena, en las respectivas construcciones de los Estados de México y del Perú tras la independencia latinoamericana (29).

El panorama de historia propia resulta sin embargo menos torturado que el visto para Asia por la misma resistencia a localizarse y provincializarse entre el conjunto de culturas en presencia, no sólo las de matriz europea, sino también y, para el caso, sobre todo y ante todo, las indígenas a su vez en plural tanto por México como por Perú. De hecho, la misma categoría de campesinado como sujeto ya no forzosamente subalterno se concibe y aplica en términos sólo sociales haciéndose completa abstracción de sus culturas específicas, con lo cual además, privándosele así de entidad y dinámicas propias, se reproduce todavía en grado palpable la subalternidad de cara al sector criollo o latino, a lo que por entonces, cuando se fundaban unos Estados, constituía una minoría de cultura europea. Puede ser elocuente que en este contexto una calificación como la de postcolonial se refiera al momento histórico de la liquidación del colonialismo directo europeo y no al reto actual de descolonización de la propia historia que estamos debiendo considerar (30). Digamos sintética y figuradamente que no

(29) MALLON, *The Promise and Dilemmas of Subaltern Studies*, cit.; Ead., *Peasants and Nation: The Making of Postcolonial Mexico and Peru*, Berkeley 1994 (hay edición en castellano; por lo que ahora subrayaremos, obsérvese lo que cualifica *postcolonial*), viniendo sintomáticamente, respecto al caso mexicano, a coincidir en el tiempo de aparición, por los años noventa, con otros estudios de similar asunto y hasta análoga orientación: Guy P.C. THOMSON, *Pueblos de Indios and Pueblos de Ciudadanos: Constitutional Bilingualism in 19th Century Mexico*, en «Bulletin of Latin American Research», 18, 1999, pp. 89-100.

(30) El equívoco alcanza a las relaciones e intercambios entre los *Subaltern Studies* y la historiografía americana: M. THURNER y A. GUERRERO (eds.), *After Spanish Rule: Postcolonial Predicaments of the Americas*, Durham 2003, con la confusión asumida y practicante de pos-colonialismo como post-independencia criolla con post-colonialismo como descolonización internacional, llegándose a teorizar una diferencia sustancial entre casos americano y asiático, no porque en el primero resista el colonialismo en superior medida y con mayor fuerza, sino, muy al contrario, por reputarsele como poscolonial desde el siglo XIX, todo ello con interés beligerante por

sólo no se atraviesa, sino que ni siquiera se divisa la frontera entre India y Bangladesh o con otros pueblos del propio interior, entre la América europea y la América no europea en definitiva si hace falta ser más claro ⁽³¹⁾.

3.2. *Quintaesencia del colonialismo en las Indias: el Derecho Indiano como derecho europeo.*

No abandonemos todavía América, pues constituye el continente de frontera, hoy por hoy, entre Europa y no-Europa, Euroamérica colonialista e Indoamérica colonizada. Ahora que el rasgo está haciéndose más visible en el campo del derecho, superándose la visión europeísta de la historiografía, aprovechemos ⁽³²⁾. Ven-

cuestionarse el colonialismo mismo como categoría historiográfica (pp. 12-57: M. THURNER, *After Spanish Rule: Writing Another After*). Expresó menos sinuosamente el rechazo J. KLOR DE ALVA, *The Postcolonialization of the (Latin) American Experience: A Reconstruction of Colonialism, 'Postcolonialism' and 'Mestizaje'*, en G. PRAKASH (ed.), *After Colonialism: Imperial Histories and Postcolonial Displacements*, Princeton 1995, pp. 241-275. Véase también la razón de descolonización anticipada por la que descartan a Latinoamérica F. COOPER y A.L. STOLER (eds.), *Tensions of Empire: Colonial Culture in a Bourgeois World*, Berkeley 1997, p. IX. El sentido más primario de postcolonialismo referido a un reto preferente de historia y no, antes que nada, imperativo de presente es el que hemos visto que descarta justamente de entrada J. TULLY, *The Kantian Idea of Europe*, pensando primordialmente, como canadiense, en América. Con el próximo epígrafe espero que comprendamos mejor la contraposición entre postcolonialismos, uno en falso y otro de veras.

⁽³¹⁾ Puedo ofrecer un contraste a este escenario americano en el que vamos a detenernos acto seguido: B. CLAVERO, *Minority-Making: Indigenous people and non-indigenous law between Mexico and the United States*, en estos «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 32, 2003, pp. 177-290. Y puedo añadir *Claiming for History: An American Hard Case*, en «Rechtsgeschichte», 4, 2004, pp. 28-37.

⁽³²⁾ El milenio se inaugura con una sintomática eclosión bibliográfica (indico editoriales): C.G. BARIÉ, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, 2000 (edición actualizada y ampliada, 2003); D.L. VAN COTT, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, University of Pittsburg Press, 2000, 257-280; A. BRYSK, *From Tribal Village to Global Village: Indian Rights and International Relations in Latin America*, Stanford University Press, 2000; M. SELVERSTON-SCHER, *Ethnopolitics in Ecuador: Indigenous Rights and the Strengthening of Democracy*, North-South Center Press at the University of Miami, 2001; B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Centro de Estudios Políticos y

gamos a la historia del derecho, a una historiografía jurídica que ni siquiera tiene en el caso muy claro la condición histórica de su objeto y así de sí misma. Me refiero, como especialidad académica, al *Derecho Indiano*, un término llanamente intraducible fuera de la lengua castellana por todo lo que presume y da por entendido. El adjetivo no significa pertenencia, sino dependencia. No se trata de construcción americana, sino de criatura europea ⁽³³⁾. No puede guardar equivalencia con *Indian Law*, con *Droit Indien*, con *Diritto Indiano* ni con ninguna otra traducción literal imaginable. En cualquier lengua indígena americana la traslación literal resultaría sencillamente, por cuanto vamos a ver, un puro y absoluto sinsentido. Sólo por decirse *derecho indiano*, y no historia del derecho de tal espacio y tal tiempo, solamente por esto, puede que ya interese de forma además neurálgica a nuestro asunto del colonialismo, nuestro por europeo y también, desde luego, por euroamericano ⁽³⁴⁾.

Aparte el pie de entrada de la confusión apelativa entre Asia (la

Constitucionales, 2001; M. APARICIO, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 2002; D. Maybury-Lewis (ed.), *The Politics of Ethnicity: Indigenous Peoples in Latin American States*, Harvard University Press, 2002; K. B. Warren y J. E. Jackson (eds.), *Indigenous Movements, Self-Representation, and the State in Latin America*, University of Texas Press, 2002; F. LÓPEZ BÁRCENAS, *Legislación y Derechos Indígenas en México*, Ediciones Casa Vieja, 2002; R. Sieder (ed.), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Institute of Latin American Studies 2002; M. A. Calderón, W. Assies y T. Salman (eds.), *Ciudadanía, Cultura, Política y Reforma del Estado en América Latina*, Colegio de Michoacán, 2002, con entera sección de *Ciudadanía Étnica*, así dicha; E. D. Langer y E. Muñoz (eds.), *Contemporary Indigenous Movements in Latin America*, Jaguar Books, 2003, con noticia de *Internet Sources*; añádase, G. MONASTERIOS, *Abya Yala en Internet. Políticas comunicativas y representaciones de identidad de organizaciones indígenas en el ciberespacio*, en D. Mato (ed.), *Políticas de identidades y diferencias sociales en tiempos de globalización*, FACES-Universidad Central de Venezuela, 2003, pp. 303-330.

⁽³³⁾ M. ARTOLA (ed.), *Enciclopedia de Historia de España*, Madrid 1988-1993, vol. V, 1991, *Diccionario Temático*, pp. 396-398, D. GARCÍA HERNÁN, voz *Derecho Indiano*: « Sistema jurídico creado por España [...] », etc., con la inconsciencia habitual sobre lo que implica el pie de entrada hablándose de América.

⁽³⁴⁾ Para testimonio informado y reflexivo dentro del propio campo, V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires 1992.

India) y todo un continente desconocido para Europa (*las Indias* en el giro español acuñado por entonces, de donde a su vez proviene en inglés el de las *West Indies*), derecho *indiano* no significa ni derecho de América (por otro nombre de factura igualmente europea) ni derecho de los *indios* (de quienes las habitaran con apelativo ahora igualmente prestado), sino derecho generado o reconocido por parte de Europa para dicha geografía y dicha humanidad, como si ésta careciera de cultura y así de capacidad para regirse por sí misma, así como para determinar las reglas de recepción y acomodamiento de la gente sobrevenida y extraña de entrada para ella, como precisamente la europea ⁽³⁵⁾. Entre *política indiana* y *derecho indiano*, esta presunción de contarse en exclusiva con la cultura y el derecho para hacer derecho y cultura tan sólo por parte europea es el principio de fondo de toda una construcción unilateral que podrá limpiamente pasar del colonialismo hispano al constitucionalismo latinoamericano. Si el derecho indígena, el derecho no europeo en América, el derecho americano, comparece en el escenario del *derecho indiano*, es en posición derivativa y subordinada por aceptación o tolerancia de dicha parte europea ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Para entrada incisiva, E. O'GORMAN, *La invención de América. Investigación acerca de la estructura histórica del Nuevo Mundo y del sentido de su porvenir*, México 1977, interesando ulteriormente, por lo que implica al derecho, J. RABASA, *Inventing America*, citado, p. 215: *La invención de América* «no deja espacio para historias alternativas a la universalidad de la cultura occidental y, por ende, para una América culturalmente pluralista» ante todo por la presencia indígena a la que ahora vamos (la primera versión de la obra de O'Gorman, de 1958, llevaba precisamente el subtítulo de *El universalismo de la cultura de Occidente*; la traducción, Bloomington 1961, vierte como definitivo el título último: *The Invention of America: An Inquiry into the Historical Nature of the New World and the Meaning of its History*).

⁽³⁶⁾ Allá por el siglo XVII, *Política Indiana* fue la difundida versión castellana de *Disputatio de Indiarum Iure sive de Iusta Indiarum Occidentalium Inquisitione, Acquisitione et Retentione*, esto es, sobre el derecho para establecer derecho en América por parte ante todo y hasta en exclusiva de una monarquía europea, la española dicha católica: J. MULDOON, *The Americas in the Spanish World Order: The Justification for Conquest in the Seventeenth Century*, Philadelphia 1994; V. TAU ANZOÁTEGUI, *Elementos consuetudinarios en la Política Indiana de Solórzano*, ahora en su *El Poder de la Costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América Hispana hasta la Emancipación*, Buenos Aires 2001, pp. 305-340. De la referencia, puede verse la edición presentada por Fr. TOMÁS Y VALIENTE: J. SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana* (1647),

Es lo que acaba académicamente estableciéndose ya en el siglo XX como la materia susodicha, la de *Derecho Indiano*, sin necesidad siquiera de identificación nominal como historia ⁽³⁷⁾. Presume que no lo es en la medida que la trasciende. Eso precisamente pretende. El nombre de la cosa, con la habitual elipsis del referente histórico, resulta de lo más elocuente. ¿Es lo mismo el enunciado de *Storia del Diritto Medievale* que el de *Medioevo del Diritto* o la especificación de *Storia del Diritto Comune* en vez de decirse *Diritto Comune* sin más o *Diritto Romano* sin referencia igualmente de historia? Lo primero localiza al menos en un tiempo pasado y así también implícitamente en un espacio de entrada europeo, mientras que lo segundo presume una continuidad del derecho en la historia impasible a discontinuidades de fondo como la canonización religiosa de tiempos medievales o la constitucionalización más o menos libertaria de los contemporáneos. El *Diritto Romano* cual *Ius Commune* de Europa puede presentarse como expresión de *civiltà* irradiando al mundo igual que el *Derecho Indiano* representaría *civilización*, la misma civilización europea, para América. La historia se trasciende por el derecho. ¿Es lo mismo decir *Historia del Derecho Canónico* que, sin más transición de entrada, *Derecho Canónico*? Las implicaciones son las dichas de desdibujamiento o incluso cancelación de la historia quizás más relevante. ¿Ocurre otro tanto con *Derecho Indiano* sin referencia necesaria o sólo eventual y así prescindible al sustantivo de historia? Así acontece desde luego con la materia de *Derecho Romano* que se presume de

Madrid 1996, con la introducción ahora en sus *Obras Completas*, Madrid 1997, vol. V, pp. 4733-4748.

⁽³⁷⁾ Para el ambiente donde acaba por forjarse la categoría, que es de persuasión liberal al menos en España (no es igual el caso por Argentina o por Chile, como tampoco el mismo español tras la guerra civil de 1936-1939), E. MA VALERO, *Rafael Altamira y la 'reconquista espiritual' de América*, Alicante 2003, para cuya ubicación en la historia del derecho, J. VALLEJO, *La secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira*, en *Libro Homenaje in Memoriam Carlos Díaz Rementería*, Huelva 1998, pp. 765-782. El lanzamiento definitivo de la denominación pudo ser americano, concretamente argentino: R. LEVENE, *Notas para el estudio del Derecho indiano*, Buenos Aires 1918, corregido y ampliado como *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires 1924, historiador significativamente caracterizado por el empeño en negar la existencia de un colonialismo español en América: R. LEVENE, *Las Indias no eran colonias*, Buenos Aires 1951.

un valor más que europeo y hasta universal mediante un continuismo posible por la abstracción de historia ⁽³⁸⁾.

¿Estamos ante presunciones coloniales, ante algo más que meras implicaciones de esta índole? No creo que quepa duda respecto al caso del *derecho indiano* ni tampoco que haya mucha de cara a los asimilados, el *romano* o el *canónico* como expresiones de tradición jurídica por la misma América y para ella ⁽³⁹⁾. Abstraerse de historia para continuidad de tiempo significa situarse en el presente. Lo que así se alimenta y reproduce no es algo meramente pretérito, sino la presunción colonial de entonces y de ahora, el supremacismo cultural que sigue incidiendo en la exclusión de unos pueblos de matriz no europea como agentes del derecho en su propia tierra. Se produce un eclipse de su presencia tanto histórico como actual, lo uno por lo otro, lo segundo por lo primero. La abstracción es tan redonda que ni siquiera se siente afectada por la historiografía que está trayendo a la vista dicha presencia en la historia interesando desde luego neurálgicamente al mismo panorama del derecho. No sólo existen grupos de *Subaltern Studies*, diciéndolo en plural para incluir una réplica americana, el *Latin American Subaltern Studies Group*, que ha cuajado menos como colectivo, pero que ha contado con miembros de obra aprecia-

⁽³⁸⁾ La referencia comparativa medieval es obviamente a Fr. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, Milán 1954 (« Medio Evo del Diritto, come titolo di un'opera di storia, può forse saper di astrattezza [...] »). Para la representación del continuismo de derecho canónico incluso en contexto que ya historiza fuertemente el derecho medieval: P. GROSSI, *L'Ordine Giuridico Medievale*, Roma 1995. La historización en curso no acaba de poder con la mitología del derecho romano trascendente a tiempo y espacio: H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, 1500-bis 1800, II, 1800-bis 1914, Munich 1985-1989, cuyo capítulo sobre 'Institute des Mittelalters und des Ancien Régime' (I, pp. 348-389) pudiera estar marcando la profunda discontinuidad de un sistema europeo ni antiguo ni contemporáneo: B. Clavero, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán 1991.

⁽³⁹⁾ Como americanos, merecen muy especialmente registrarse R. H. HELMHOLZ, *The Spirit of Classical Canon Law*, Athens 1996, y H. J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge 1983 (hay traducciones), con prosecución: *Law and Revolution. II. The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, Cambridge 2004, sobre cuyo primer volumen puedo remitir a comentario: B. CLAVERO, *De la religión en el derecho historia mediante*, en estos « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 15, 1986, pp. 531-549.

ble (40). Hay también novedades historiográficas de presentación más autónoma tocando directamente a un discurso colonial como el del derecho indiano.

Entre los años sesenta y ochenta, se experimenta el desarrollo de una historiografía que, mirando a la sociedad indígena, observa una persistencia muy superior a la presumida por las fuentes, inclusive las jurídicas (41), de la parte colonial. Resisten no sólo contingentes humanos, sino también, con sus lenguas y sus culturas, sus derechos y sus políticas, sea todo dicho en plural porque la misma categoría de *indio* en singular es efecto de refundición por la ignorancia del colonialismo y por su desentendimiento jurídico respecto a la diversidad humana. Si se mantiene una perspectiva tan reductora como la de una monarquía europea tolerando costumbres y repúblicas locales, la propia del derecho indiano, no se entiende ni procesa en absoluto la envergadura del fenómeno. Hubo una

(40) F.E. MALLON, *The Promise and Dilemmas of Subaltern Studies*, pp. 1504-1507, figurando en la nomina de fundación del grupo americano responsables ulteriores de investigaciones interesantes a nuestro actual efecto, como J. RABASA, *Inventing America*, citado, y el mismo, *Writing Violence on the North Frontier: The Historiography of Sixteenth-Century New Mexico and Florida and the Legacy of Conquest*, Durham 2000; o también P. SEED, *Ceremonies of Possession in Europe's Conquest of the New World, 1492-1640*, Cambridge 1995, y la misma, *American Pentimento: The Invention of Indians and the Pursuit of Riches*, Minneapolis 2001. Más fruto del grupo ya está citado: I. RODRÍGUEZ (ed.), *The Latin American Subaltern Studies Reader*. Todo lo cual lo específico porque la noticia de F.E. Mallon, aparte de algo injusta, ya resulta datada. Presentación y reflexión de primera mano ofrece ahora, en su *Reader*, pp. 1-32, I. RODRÍGUEZ, *Reading Subaltern Across Texts, Disciplines, and Theories: From Representation to Recognition*.

(41) Expresión paradigmática en *Recopilación de Leyes de los Reynos de Las Indias* (1680), libro II, título I, ley IV: « Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policia, y sus usos y costumbres observadas y guardadas despues que son Christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten, y siendo necessario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto, que Nos [Monarquía] podamos añadir o que fueros servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y al nuestro, y á la conservación y policia Christiana de los naturales de aquellas Provincias, no perjudicando á lo que tienen hecho, ni á las buenas y justas costumbres y Estatutos suyos » (reprint en <http://www.congreso.gob.pe/out-of-domain.asp?URL=http%3A>, el sitio oficial del Congreso del Perú, como si, a efectos de imagen, la colonial fuera hoy legislación en vigor).

conquista muy desigual y también una ocupación nada homogénea entre pretensiones constantes de dominio superior con vistas al mayor apoderamiento propio frente a la doble banda de la resistencia indígena ante el colonialismo y de la competencia colonial europea. Había pueblos independientes no sólo por zonas de frontera, como pueblos manteniendo territorios y recursos, derechos y políticas, también por las áreas dominadas (42).

Tales estudios interesaron particularmente a Mesoamérica. No han sentado los mismos, aun con los pocos años transcurridos, un estado de la investigación hasta el día de hoy, pues, dado el impulso, pronto se produjo una superación en la línea ya marcada por ellos. Una vez que se trae a la vista la importancia de la persistencia indígena, se plantea la cuestión de las fuentes y de su sesgo. Charles Gibson estudió a los *aztecas* y James Lockhart estudia a los *nabuas*. Unos y otros son los mismos y el cambio de denominación resulta más que significativo. Nahua es el nombre común de identidad y reconocimiento entre sí y en su propia lengua, el náhuatl o mexica. Lockhart ha pasado al estudio de un pueblo persiguiendo y trayendo a primer término las fuentes por las que el mismo se expresa y no en cambio las procedentes de un elemento tan extraño, dominante e iluso como el europeo o más en particular el hispano. Se ponen en evidencia detalles como el de la persistencia, bajo el colonialismo, de una comunidad política más extensa que la local, un fenómeno impensable para la historiografía que se atiene a las fuentes de esa parte, la colonial. La historia entonces lógica es la que toma el hilo del tiempo y del derecho (ojo, también del derecho) de tracto precolonial atendiendo el aditivo hispano y no al contrario, no la historia europea con prosecución americana y añadido indígena, no este otro escenario donde se ubica el derecho indiano sin cabida ni ambiente en cambio ahora (43).

(42) Por dichas décadas y en este orden de cosas, merecen destacarse netamente los estudios de Ch. GIBSON, *The Aztecs under Spanish Rule: A History of the Indians of the Valley of Mexico, 1519-1810*, Stanford 1964, y N. M. FARRISS, *Maya Society and Colonial Rule: The Collective Enterprise of Survival*, Princeton 1984. Hay traducciones de ambos al castellano.

(43) J. LOCKHART, *The Nabuas after the Conquest: A Social and Cultural History of the Indians of Central Mexico, Sixteenth through Eighteenth Centuries*, Stanford 1992

En esta dirección historiográfica, llega a declararse la cuarentena, no tanto desde luego como a pronunciarse el desahucio, de unas fuentes europeas para la historia americana entre las que sin género alguno de duda figura, con su perspectiva sesgada de parte, todo el derecho llamado indiano. Viene a hacerlo un estudio sobre otro pueblo mesoamericano bastante relacionado con el nahua, pero de lengua y cultura propias, el mixteco o, en su idioma, *ñudzahui*. Su autor, Kevin Terraciano, enfatiza la importancia de centrarse en las fuentes idóneas, esto es las indígenas, lo que resulta además en particular indicado pues el náhuatl fue la primera lengua de comunicación entre hispanos y mixtecos. Sólo a continuación entra el castellano para la misma clave del colonialismo, de su impacto y de la interactividad a varias bandas, las indígenas diversas entre sí de una parte y la española de otra. En cuanto a las historias construidas por estas últimas fuentes, las castellanas, sencillamente ahora se les posterga en relación con las indígenas ⁽⁴⁴⁾. Para la dialéctica de culturas entre lenguas, Terraciano mira a la guía de los *Subaltern Studies*. La referencia ya es prácticamente de estilo entre la historiografía que intenta penetrar en el mundo no europeo ⁽⁴⁵⁾.

(hay edición en castellano), interesando también, entre otros trabajos suyos, del mismo J. LOCKHART (ed.), *We people here: Nahuatl Accounts of the Conquest of México*, Berkeley 1993. Para la vertiente más estrictamente jurídica, también sobre base documental nahua, S. KELLOGG, *Law and the Transformation of Aztec Culture, 1500-1700*, Norman 1995. La aportación de N.M. FARRISS, *Maya Society*, está experimentando una superación similar: M. RESTALL, *The Maya World: Yucatec Culture and Society, 1550-1850*, Stanford 1997; M. RESTALL y S. KELLOGG (eds.), *Dead Giveaways: Indigenous Testaments of Colonial New Mexico and the Andes*, Salt Lake City 1998.

⁽⁴⁴⁾ K. TERRACIANO, *The Mixtecs of Colonial Oaxaca: Ñudzahui History, Sixteenth through Eighteenth Centuries*, Stanford 2001, pp. 8-12: « I intend to study Ñudzahui culture on its own terms, comparing findings with those of other Mesoamerican groups in this period, especially the Nahuas [...]. I use these types of writings [Spanish ones] sparingly and hesitate to draw conclusions based on their interpretations ».

⁽⁴⁵⁾ Para botón de muestra respecto a otra zona americana de colonialismo hispano (trata del pueblo aymara en el Kollasuyu o Alto Perú, actual Bolivia, durante el XVIII), S. THOMSON, *We Alone Will Rule: Native Andean Politics in the Age of Insurgency*, Madison 2002, p. 287, con serio intento de dar sentido a la voz indígena desde fuentes históricas en castellano: pp. 140-231; añádase S. SERULNIKOV, *Subverting Colonial Authority: Challenges to Spanish Rule in Eighteenth-Century Southern Andes*, Dirham 2003. Para la respectiva referencia, K. TERRACIANO, *The Mixtecs of Colonial Oaxaca*, p. 405: « Spivak's discussion of the role of language in the construction of the

¿Dónde queda el derecho tenido por indiano y en realidad europeo, de producción que se acredita en Europa y de consumo que se presume en América, el exportado por la una y no se sabe si importado con idéntica disposición por la otra? ¿Dónde, la historia igualmente indiana, esto es de factura europea? ¿Dónde queda la presunción europeísta de la historiografía americana y de buena parte de la asiática o de toda la que sigue siendo de fondo colonial por lo común ahora inconsciente, lo mismo, sin ir más lejos, que el primer preámbulo del Tratado-Constitución de Europa? Donde parece más revalidada la pretensión universalista de la historia europea, ahí en América, es donde viene a producirse el desafío más consistente en el propio terreno de la historiografía, puesto que resulta el que pone y deja mayormente en evidencia incluso esto con independencia de las intenciones de quienes impulsan y conducen la investigación (46).

A su pesar por supuesto, con todo un atavismo que sigue rindiendo servicio, el *Derecho Indiano* resulta piedra de toque, pues no parece que de escándalo, como al fin debiera. Si esto segundo no ocurre, es porque se encuentra en el medio bien favorable, por

subaltern by colonial and postcolonial elites sheds light on how Spaniards imposed categories of thought and modes of organization on indigenous peoples ». Es remisión que conduce a G.C. SPIVAK, *Can the Subaltern Speak?*, en C. NELSON y L. GROSSBERG (eds.), *Marxism and the Interpretation of Culture*, Urbana 1988, pp. 271-313 (y es título con eco: N. PEETERSE, *Can the Subaltern Speak... Especially without a Tape Recorder?*, en « American Indian Quarterly », 26, 2002, pp. 271-285), pudiéndose añadir una entrevista con ella de cierre de antología y recapitulación de periplo: G.C. SPIVAK, *The New Subaltern: A Silent Interview*, en CHATURVEDI, *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial*, cit., pp. 324-340, y por supuesto D. LANDRY y G. MACLEAN (eds.), *The Spivak Reader*, New York 1996. G.C. SPIVAK, *A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present*, Cambridge 1999, reserva capítulo a historia, pp. 198-311, integrando en él nueva versión de *Can the Subaltern Speak?*; no lo contiene específico sobre derecho, aun interesándolo ciertamente.

(46) Para la América histórica, hay también una cronística más sensible a fuentes indígenas sobre todo desde M. LEÓN-PORTILLA, *El reverso de la Conquista. Relaciones aztecas, mayas e incas*, México 1964; ahora W.D. MIGNOLO, *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality, and Colonization*, Ann Arbor 1995; K. J. ANDRIEN, *Andean Worlds: Indigenous History, Culture, and Consciousness under Spanish Rule, 1532-1825*, Albuquerque 2001; J. CAÑIZARES-ESGUERRA, *How to Write the History of the New World: Histories, Epistemologies, and Identities in the Eighteenth-Century Atlantic World*, Stanford 2002.

presunciones igualmente coloniales, de una historia del derecho donde el objeto no acaba de sujetarse a la ciencia, el *derecho romano*, el *derecho canónico* o el *ius commune* atenerse a la propia historia. Significativamente, por lo que implica de resistencia cultural, antes que incluso política, al alcance jurídico de la presencia indígena, esto es por lo que supone de ofuscación colonial, se cultiva el *Derecho Indiano* hoy en América más en particular por Argentina y por Chile; en Europa, por España ⁽⁴⁷⁾. Adviértase además que la historia del derecho interesa a historia y a derecho y por tanto hoy a constitución. La subordinación o cancelación de un sujeto en la historiografía, por ejemplo el indígena en entidad y en pluralidad, puede implicar o al menos encubrir los efectos equivalentes de subyugación o incluso también de eliminación para el constitucionalismo actual, para el sistema jurídico en vigor ⁽⁴⁸⁾.

La cancelación de unos sujetos en la historia y en el derecho puede implicar y encubrir otras ignorancias. El *Derecho Indiano* se caracteriza adicionalmente por comprender en su campo a toda una humanidad, la indígena en América, sin preocupación por sus

⁽⁴⁷⁾ Autoridad por uno y otro cono sur, el europeo y el americano, resulta arquetípico el binomio de título y subtítulo del volumen recopilatorio de A. GARCÍA GALLO, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid 1987, sobre cuyo verdadero caso, B. CLAVERO, *Ignorancia académica por España y privación indígena por América*, a publicarse en el *Homenaje a Mariano Peset* de la Universidad de Valencia.

⁽⁴⁸⁾ Por los otros dos principales Estados latinoamericanos (además de Argentina y Chile) con juego universitario de la historia del derecho (me refiero a México y Perú), su programa suele arrancar con el capítulo indígena y proseguir con el colonial sin que el paradigma europeísta de fondo se altere por ello. Véase un índice expresivo de mano autorizada: J.L. SOBERANES, *Historia del Derecho Mexicano*, Mexico 2003, donde «el mundo indígena» se agota en una especie de prehistoria, aún indicándose que todavía se encuentra ahí, aquí en el presente, para mudarse de continente sobre la marcha el escenario con la presencia invasiva de Europa, llámesele al momento del cambio «el encuentro de dos mundos» y a un primer periodo «el derecho colonial». «Lo que sabemos [sobre el mundo indígena] es mínimo, y esto es una pena para nosotros»; «300 años duró el coloniaje» comportando «nuestra incorporación a la cultura occidental», con lo cual «el sistema romano-canónico se impondrá en nuestro país a través del derecho castellano». En su calidad actual de presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el mismo J.L. Soberanes puede verse avocado a afrontar la inconsistencia de la presunción: <http://www.cndh.org.mx>.

culturas ni conocimiento de sus lenguas (49). Hay una lógica. Al fin y al cabo, la presunción del derecho europeo fuera de Europa es la de que representa la civilización en singular frente a su simple carencia, frente a la incultura en todas sus formas. ¿Cómo va una especialidad a ocuparse de aquello que no existe, de otra cultura entonces que la europea? En pocos campos académicos resiste hoy el despropósito metodológico de tratar de gentes sin conocer sus lenguas ni advertirlo como un problema. Significativamente, el caso se ha dado también en España con la historia musulmana muy en particular. He ahí la deslocalización más olímpica por más colonialista desde luego. Por supremacismo europeísta, tanto estudiamos lenguas muertas como las ignoramos vivas (50).

La lengua es también archivo, un archivo precioso allí donde falle o desmaye la inscripción o el escrito por razón precisamente de colonialismo. De lograrse la interlocución, la historia oral rinde buenos réditos a la historiografía postcolonial. Con el aprendizaje y la práctica de lenguas de tronco no europeo, de las que han sufrido y aún puede que sufran colonialismo, se trata no sólo de traducción e intercambio, sino también y ante todo de otra utilidad metodológica, la de ponerse en cuestión, con el trasiego comunicativo, la cultura supremacista fuertemente encastrada en la propia

(49) No se cuenta con la exclusiva por supuesto y ya incluso se tiene nombre: SPIVAK, *A Critique of Postcolonial Reason*, cit., p. 164: « there is a phenomenon that can be called *sanctioned ignorance* » que se da en el supuesto usual de impartirse clases o abordarse temas con « no sense of the original languages ».

(50) Otra autoridad de doble cono sur, CL. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *La España Musulmana, según los autores islamitas y cristianos medievales*, Buenos Aires 1946 y ediciones posteriores (originalmente escrita para la magna *Historia de España* fundada bajo la dirección de Ramón Menéndez Pidal), reivindicó la competencia sobre el periodo sin dominio del árabe ni de otras lenguas de matriz no europea (el mismo encargo se hizo como si tal conocimiento fuera superfluo), en lo cual, cubriéndose ignorancias generalizadas, a Sánchez Albornoz no le han faltado desde luego secuaces hasta hoy y supongo que todavía por algún tiempo. ¿Añado un detalle de autolocalización? Durante mis años de estudiante, me inicié con un par de cursos de lengua árabe, pero, adentrándome en el doctorado, me dejé ganar por la idea dominante de que, para la historia del derecho, lo que necesitaba era concentrarme en el latín junto a otras lenguas académicas europeas incluso para girar hacia América e introducirme en el *Derecho Indiano*. De lenguas indígenas americanas, ni cuestión.

lengua, la imperialista, sea inglés, castellano, francés u otra. Las lenguas, al comunicar, interrogan ⁽⁵¹⁾.

La oralidad presenta una especial dimensión histórica cuando hay privación de capacidad para guardarse otros archivos no sólo de memoria, sino también de derecho, del derecho propio ante todo. Ya que recalamos en aspectos metodológicos, no olvidemos que por sí mismo el archivo es una institución de poder y un mecanismo de adjudicación mediante la misma selección y guarda de la documentación. Lo propio ocurre con la biblioteca tanto en lo que toca a la producción como a la conservación de literatura. La historia sobre documentos y libros es historiografía necesariamente sesgada. La historiografía documentada suele olvidar la entidad de la palabra. Desprecia falsificaciones documentales sin advertir unos valores históricos de registro y transmisión de oralidad autorizada ⁽⁵²⁾. Cabe interlocución y así interrogación a través del tiempo. Cuando las lenguas además están vivas, la investigación dialogante resulta preciosa. Para comprobarlo, no solamente hay muestras de historiografía profesional, sino también de otras profesiones académicas que pueden resultar más testimoniales como en especial la antropología. Y sobre todo existen las propias imágenes de la historia de pueblos y culturas sin acceso hoy por hoy, con el apartheid de lenguas, a la academia ⁽⁵³⁾.

La interlocución autocaliza o ayuda realmente a autocali-

⁽⁵¹⁾ M. J. SHAPIRO, *Methods and Nations*, cit., pp. 26-31 ya citadas, aun extrayendo en su caso un provecho más bien magro.

⁽⁵²⁾ Observa sobre el terreno el valor de la falsificación, interesando a título inka frente al colonial, S. THOMSON, *We Alone Will Rule*, cit., pp. 192-193. Para el extremo metodológico puedo remitirme: B. CLAVERO, *Blasón de Bartolo y baldón de Valla*, en estos « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 25, 1996, pp. 573-616.

⁽⁵³⁾ El detalle metodológico es recurrente en los *Subaltern Studies*. Por su parte, K. TERRACIANO, *The Mixtecs of Colonial Oaxaca*, lo ilustra por cuanto manifiesta y demuestra que la interlocución actual en *nudzabui*, unida al manejo de una documentación no del todo indígena por utilizarse e incluso producirse en procesos coloniales, le ha rendido claves para aquilatar las categorías políticas de la cultura histórica mixteca. Para la referencia a la antropología, baste también muestra única que no quiere decir representativa de toda ella: R. A. HERNÁNDEZ CASTILLO, *La otra frontera. Identidades múltiples en el Chiapas poscolonial*, México 2001, sobre una determinada cultura indígena, la del pueblo mam, entre Guatemala y México.

zarse, esto por lo visto tan difícil, si no imposible, para buena parte de la historia académica en el caso de América. ¿Cómo no va a serlo por Europa? La autolocalización postcolonial, aquella a la que Chakrabarty procedía, parece poco menos que impensable por las latitudes responsables del mayor de los colonialismos. El Departamento de Historia y Civilización de Fiesole, por avergonzarse del apellido, no ofrecía una alternativa salvo la de dislocación y hasta disolución de la historia misma tal y como si pudiera abstraerse y desentenderse de unas funciones colectivas con las manos limpias. Mas los pueblos existen y las historias asisten. Cuando hay fronteras, todo un mundo fronterizo no sólo por toda América, es porque existen zonas más allá tanto como más acá, espacios interiores culturales tanto como exteriores geográficos. La misma jurisdicción territorial del *Derecho Indiano* era pura presunción que la ignorancia sobre pueblos como sujetos históricos apuntala para unos tiempos y mantiene para otros, para las pretensiones actuales de jurisdicciones de Estados. Entre Europa y todo el resto, entre ayer y hoy, las descolocaciones se tocan y potencian ⁽⁵⁴⁾.

La información historiográfica recabada de ambas Indias, la asiática y la americana, la oriental y la occidental, *East and West Indies*, *Rest and West*, o la inversa que podría ser pues no hay centro ni línea maestra, puede ayudar a explicarnos tanto unos preámbulos constitucionales como unos manifiestos universitarios o al menos su posibilidad. Una historiografía en tensión entre la evidencia postcolonial y la resistencia colonial es capaz de ofrecer respaldo tanto a la imaginación supremacista del espécimen euro-

⁽⁵⁴⁾ Cabe generalizar, sin manipularla mucho, una cita: «[B]oundaries [...] existed [...] largely in the European imagination. Europe [...] had ignored the realities of indigenous territorial claims» (D. J. WEBER, *The Spanish Frontier in North America*, New Haven 1992, p. 203). Hágase también el ensayo de formularse en tiempo frontalmente presente. Respecto a fronteras pretéritas como enteras áreas interculturales, D. J. GUY y Th. E. SHERIDAN (eds.), *Contested Ground: Comparative Frontiers on the Northern and Southern Edges of the Spanish Empire*, Tucson 1998, aunque no fuese desde luego asunto tan sólo de *edges*, sino general de América. Para otra formación fronteriza relativa, R. M. EATON, *The Rise of Islam and the Bengal Frontier, 1204-1760*, Berkeley 1993. Las rupturas culturales por trazados lineales pudo ser más temprana en Europa con la respectiva interiorización ulterior y no previa de un mapa de Estados tenidos impropriamente por Naciones: P. SAHLINS, *Boundaries: The Making of France and Spain in the Pyrenees*, Berkeley 1989. A Europa volvemos enseñuida.

peo como a la ilusión postmodernista del *homo academicus* o de la mujer académica, de paradero en Fiesole o por cualquier otro remanso. Hay caldo de cultivo para todo, incluso para la autolocalización cultural que resulta tan difícil por Europa y por Euroamérica cuando, entre los exámenes y saldos de conciencia necesarios para la propia ubicación constitucional, sigue sin sacarse o sin siquiera trazarse las cuentas con el propio colonialismo ⁽⁵⁵⁾.

Permítaseme un estrambote anglosajón en este apartado indiano. No se piense que su signo de paradigma colonial en el terreno de la historiografía constituye un fenómeno privativamente hispano o latino. No me refiero ahora a que pueda adoptarse incluso con entusiasmo por otros ámbitos ⁽⁵⁶⁾. Creo que interesa más la advertencia de que, sin rótulo tan distintivo como el de *Derecho Indiano*, puede germinar por igual para otras historias jurídicas. La característica definitoria es la de mantener como historiografía en el presente la perspectiva de la historia en el pasado, lo que implica que la determinación del derecho por colonizadores y no por colonizados constituye no sólo hecho pretérito, sino también punto de vista actual, como si los pueblos no europeos hubieran carecido, y los que no forman hoy Estado siguieran careciendo, de capacidad suficiente para regirse a sí mismos, sus territorios y recursos. Pues bien, este paradigma colonial, exactamente el mismo, puede igualmente encontrarse todavía incluso por la mismísima historiografía jurídica europea y euroamericana más cercana a todo el debate poscolonial, quiero decir la anglosajona ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ Para un contraste de conciencia y saldo de cuentas respecto a otro frente, pero a los efectos que aquí precisamente importan, Ch. JOERGES y N.S. GHALEIGH (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford 2003, con prólogo de Michael STOLLEIS y epílogo de Joseph H.H. WELER. ¿No deberíamos también ocuparnos del colonialismo como el *darkest legacy*? No se olvide el volumen de MIGNOLO, *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality, and Colonization*, cit.

⁽⁵⁶⁾ Cuyo caso más significado sigue siendo, pues se reedita todavía tanto en inglés como en castellano, L. HANKE, *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*, Filadelfia 1949.

⁽⁵⁷⁾ Como estudio comparado de verdadera entidad y abundante aparato bibliográfico, baste la muestra de P. KARSTEN, *Between Law and Custom: 'High' and 'Low' Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora — The United States, Canada,*

Puede desde luego contemplarse derecho indígena, pero como derecho dependiente de la determinación colonial, como si no tuviera historia propia y careciera de futuro propio. Entre un poder imperial, como ahora el británico, que se entiende sensible a parte indígena y unos intereses locales del mismo colonialismo que se muestran insensibles, como si no hubiera más agentes en tal historia que ese 'centro' y esta 'periferia' tan colonial el uno como la otra, un título indígena resulta inconcebible para ayer y, de paso, para hoy. El derecho de unos pueblos no europeos al alcance de la monarquía británica o de sus sucesores, como los Estados Unidos, sólo parece así que puedan ser los que la una y los otros les reconocen en el pasado o en el presente. De cara también al porvenir, la historiografía jurídica aporta inconsciencia, cuando no complicidad ⁽⁵⁸⁾. Es caldo de cultivo para ocurrencias como las de los prólogos de la Constitución Europea.

4. *Escenario relativamente fluido de Europa en la encrucijada.*

Vengamos a Europa o permanezcamos en ella, pues prácticamente no la hemos abandonado aun habiendo hecho el intento. El colonialismo europeo nos mantiene culturalmente recluidos en Europa hasta cuando hacemos por mudarnos de continente. Necesitamos un autoanálisis para poder incluso trasladarnos y comunicarnos, ya no digo conocernos y conocer. Reiniciemos por nuestros textos. Con el bagaje cosechado de alguna ubicación entre bellas ensoñaciones y duras realidades de historia y presente, es

Australia, and New Zealand, 1600-1900, Cambridge 2002, bajo la perspectiva característica del derecho indiano sin necesidad de conocerlo salvo muy de oídas (p. 51, n. 49), y prescindiendo del caso que le hubiera resultado historiográficamente más problemático, el de la India precisamente (pp. 6-7, n. 7, sin la razón para la selección de la mayor continuidad entre el colonialismo y los referidos Estados). En otros ámbitos, como el francés, es el paradigma todavía común. Véase ahora el repaso de J.-F. SCHAUB, *Historia colonial de Europa. De civilización a barbarie*, en «Istor. Revista de Historia Internacional», 16, 2004, número especial sobre *Historia y Derecho* dirigido por Carlos GARRIGA.

⁽⁵⁸⁾ KARSTEN, *Between Law and Custom*, cit., p. 116, entre paréntesis, respecto a la extensión actual explícita de la incapacidad para concebir título indígena, y referencias de índice de materias para la consideración efectiva de derechos indígenas bajo título inconscientemente colonial.

decir de historiografía, vamos a acometer el contraste de unos preámbulos con los mismos cuerpos que introducen. Es el momento de entrar en instituciones o derechos no desde luego aquí por sí mismo, sino por lo que importa a la provocación de una constitución, la europea, a una historia, ésta más que europea precisamente por causa del colonialismo.

4.1. *Constitución de Estados y no de Regiones pese lo que pese a la regla de subsidiariedad.*

Explicarse discursos posibles no es dar cuenta de razones seguras. Un lastre colonial podría aún responder a motivaciones de política exterior, pero no parece ser éste el caso de la Unión Europea en cuanto tal, no me refiero aquí a la práctica particular de cada Estado en unas condiciones de unión todavía descoordinadas. Si por algo quiere significarse una política exterior europea en contraste incluso con la de sus Estados miembros, es por situarse en un campo de derechos humanos que supere resuelta y definitivamente el lastre del colonialismo. Tampoco digo que lo consiga, sino que ese es un empeño distintivo suyo con toda la virtualidad de momento que se quiera ⁽⁵⁹⁾. A lo que ahora nos importa, la explicación ha de ser interior incluso con lo que se pueda todavía deber a colonialismo. Así que vamos de regreso al Tratado-Constitución de Europa con su Carta de Derechos y su preámbulo doblado. Situémonos internamente. Veamos como puede cobrar cuerpo institucional el discurso solapadamente colonial del flamante constitucionalismo europeo ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Me he ocupado de esta virtualidad en nuestro anterior monográfico: B. CLAVERO, *Virtual Citizenship, Electoral Observation, Indigenous Peoples, and Human Rights between Europe and America, Sweden and Peru*, en estos «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 31, 2002, pp. 653-779. Puede procederse en este punto a una comparación atenta entre páginas oficiales de Europa y de los Estados Unidos que resulta favorable, creo, para la primera, lo que aconsejo con intención como luego se verá: <http://europa.eu.int/comm/europeaid/projects/eidhr/index-en.htm> y <http://www.state.gov/drl>.

⁽⁶⁰⁾ Para entrada en secuelas coloniales de engañosa apariencia marginal, P. GUTIÉRREZ VEGA, *Unida en la diversidad. Pueblos indígenas y Constitución de la Unión Europea*, en el volumen que edita junto a E. GÓMEZ CORONA y R. LEÑERO BOHÓRQUEZ, *Una Constitución para la Ciudadanía Europea*, Madrid, 2004, pp. 131-153.

Releamos los preámbulos divergentes. La cuestión a estas alturas no creo que sea la de cuál de entre ellos se acerque o se aleje en mayor medida de la imagen que pueda desprenderse de la historiografía profesional o, menos todavía, si fuera esta otra cognoscible, de la historia realmente acontecida. Ante las figuras históricas de alcance constituyente suele plantearse ese debate de hasta qué punto derrochan imaginación y resultan ficticias, pero no es éste el terreno adonde creo que deba traerse el asunto. Todo proyecto colectivo como lo sea el constitucional conoce un sustrato más o menos confeso de imagen histórica inevitablemente reductivo con relación a la historia misma. La cuestión procedente es entonces la de su función práctica. Entre unas imágenes de historia puede que se debatan, si no es incluso que se diriman, unas alternativas instituyentes. Es esto así lo que importa internamente. ¿Qué implicaciones prácticas encierran las diferencias teóricas entre ambos preámbulos? ¿En razón de cuáles alternativas institucionales se recluye en su parte, la segunda, el encabezamiento de la Carta de los Derechos y se produce un nuevo preámbulo para el Tratado-Constitución por la nueva Convención Europea, la de 2002-2003? Vengamos al terreno institucional del constitucionalismo europeo.

Vayamos así por la senda más práctica de la construcción de Europa. ¿Qué extremos internos se implican en las diferencias entre imágenes históricas de uno y otro preámbulo, el que encabeza constitución y el que introduce derechos? No es ningún misterio. Están en verdad a la vista a lo largo de los mismos debates de la Convención ⁽⁶¹⁾. Tocan muy especialmente (atención de nuevo) a un nivel que no comparece en el preámbulo del Tratado-Constitución y que en cambio figura en el de la Carta de Derechos, el nivel tercero o tal vez primero según se empezase a contar por arriba o por abajo. Me refiero obviamente a los planos 'regional y local', los representados actualmente en el Comité de las Regiones de la

(61) Como ya he indicado, mis referencias a los trabajos de la Convención se sustentan en la documentación proporcionada por su sitio oficial: <http://european-convention.eu.int>. Al menos un convencional se ha apresurado a publicar sus notas y propuestas engrosándolas además con el proyecto de Tratado-Constitución: V. SPINI, *Alla Convenzione Europea. Diario e documenti da Bruxelles*, Florencia 2003.

Unión Europea. De este organismo procedía media docena de observadores ante la misma Convención portando la propuesta de constituir un grupo de trabajo sobre la propia cuestión, la regional, lo cual no se acepta. He aquí tal vez un primer indicio de la determinación de postergarse el tercer o primer nivel en la construcción europea y de cancelársele en consecuencia de la historia de Europa con unas implicaciones que pudieran resultar todavía coloniales, ahora internas. Pero no nos precipitemos. Si existiese dicho designio, no era tan inmediato ni estaba tan expedito.

Entre los grupos de trabajo finalmente constituidos en el seno de la Convención de 2002-2003, once formales en total, había un par en cuyo seno podía fácilmente surgir la problemática regional, el primero sobre el principio y la práctica de la subsidiariedad, lo que dicho llanamente significa que lo que pueda hacer bien la instancia más próxima a la ciudadanía no lo haga ni se atreva la más distante, y el cuarto acerca de los parlamentos nacionales en el sentido de parlamentos de los Estados, cuestión ahora clave para el propio juego de la subsidiariedad pues, en virtud del este principio, se proyecta la entrada de estas instituciones de poder legislativo en los propios procedimientos de creación de normas de la Unión Europea. La subsidiariedad parece ahora lo básico y fundamental. Fue la materia del primer grupo. El dedicado a los derechos fue el segundo. Guardan relación como principios. La subsidiariedad lo es de democracia ⁽⁶²⁾.

Las propuestas de parte regional fueron entonces las previsibles. Se trataba en sustancia de que el juego mismo de la subsidiariedad se abriese dándose definitiva y resueltamente entrada al tercer o primer nivel, el propio del Comité de las Regiones, con miras a la mejor articulación, mayor participación, superior transparencia y, en resumidas cuentas, optimizada democracia de la propia Unión como estructura de verdadera integración. Adelan-

⁽⁶²⁾ Recuérdese la formulación de la Convención del Consejo de Europa sobre Autonomía o *Self-Government Local* (1985), art. 4.3: «Public responsibilities shall generally be exercised, in preference, by those authorities which are closest to the citizen» (Convenciones en el sitio del Consejo: <http://conventions.coe.int>). Y véase también ahora, interesando igualmente a la subsidiariedad como regla democrática, la formulación, que citaré enseguida, de principios constitucionales ante la Convención Europea por parte del Comité de las Regiones.

temos que las propuestas de parte regional iban a saldarse en fracaso rotundo, comenzándose por la propia expectativa del Comité de las Regiones de que sus representantes, igual que los procedentes de parlamentos, los nacionales y el europeo, fuesen miembros de pleno derecho de la Convención y no meros observadores (63).

De esta parte regional se ha propuesto que la subsidiariedad jugara no sólo entre instituciones de Estados y de la Unión o entre parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo ahora en particular, sino más inclusivamente, con igualdad de principio y a pleno rendimiento para la propia construcción europea y no sólo así como asunto interno de cada Estado, entre los tres niveles, el de Europa, el de los Estados mismos y también el de las Regiones. La trayectoria de la subsidiariedad resulta ciertamente peculiar, habiéndose concebido durante el XIX como baluarte conservador frente al constitucionalismo de signo estatal, el que separa poderes concentrándolos previamente, y devenido un principio netamente democrático que ahora intenta aplicarse por Europa a favor de los Estados (64). Las llamadas Regiones disienten. De su parte se requiere una puesta en juego más consecuente. Se pone especialmente el acento en la existencia de parlamentos regionales con poder legislativo en varios Estados de la Unión como prueba más

(63) Además de las actuaciones de los representantes regionales como observadores realmente participativos, el propio Comité de Regiones remitía un acuerdo a la Convención el tres de julio insistiendo en que « member status for the Committee of Regions would have considerably enhanced its [Convention's] legitimacy », así como también en unas expectativas: « the importance attached to fundamental rights and values, the respect shown to local and regional self-government; the recognition given to cultural and linguistic diversity, the inclusion of territorial cohesion among the objectives of the Union, the acknowledgement of the importance of grassroots democracy in the Union, the new definition of the principle of subsidiarity; the involvement of the Committee of the Regions in the process of ex-post monitoring of the application of the principles of subsidiarity and proportionality, the granting to the Committee of the Regions of the right to institute proceedings before the Court of Justice to defend its prerogatives [...] ».

(64) M. BURGESS, *Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000*, Londres 2000, pp. 224-241, sobre orígenes doctrinalmente católicos, evolución constitucional por vía de democracia cristiana y emergencia finalmente en el curso de la construcción de Europa.

palmaria de la necesidad de la apertura de juego o como muestra más fehaciente de la insuficiencia de una articulación limitada, en el orden representativo directo, a los parlamentos dichos nacionales, los de Estado, y al Parlamento Europeo. Para encarecer la conveniencia, los representantes regionales hablan en unos términos de « regiones con poderes legislativos » evitando la cuestión más espinosa del eventual carácter *nacional*, con cultural distintiva, de la región misma. En el propio seno de la Convención también se pone el dedo en esa llaga, no dejando de proponerse un uso más cuidadoso del lenguaje que no confunda de continuo lo nacional con lo estatal y que permita extraerse las consecuencias constitucionales del caso ⁽⁶⁵⁾. Todas estas propuestas, las lingüísticas como las institucionales, fracasan en la Convención. La evidencia se llama *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, el Tratado-Constitución que venimos diciéndole.

Así, consiguientemente, el tercer o primer nivel desaparece del preámbulo del Tratado-Constitución y sigue eclipsado en el cuerpo del proyecto constitucional por la interposición ‘nacional’ de los Estados. Resulta plenamente lógico entonces que el escenario histórico de dicho preámbulo, del último que es finalmente primero, se reduzca a ‘civilización’ europea, historias ‘nacionales’ y punto final, perdiéndose el nivel más plural a ras de tierra. Resulta una opción instituyente la que determina entonces la propia imagen histórica. ¿Qué tiene que ver todavía con todo esto el colonialismo?

4.2. *Testimonios de Riksdag y de Grundlag: pueblos, alguno indígena, e historias, alguna colonial.*

Hay un ‘parlamento nacional’ cuya representación en la Convención Europea presentó propuesta de ampliación del juego de la

⁽⁶⁵⁾ El testimonio más elocuente, por toda una sucesión de propuestas individuales o también con algunos votos concurrentes en la línea de mayores exigencia lingüística y congruencia constitucional, lo ofrece un convencional suplente en la representación del Parlamento Europeo, Neil MacCormick, parlamentario europeo por Escocia, vicepresidente del Partido Nacional Escocés, profesor de derecho público de la Universidad de Edimburgo, analista con credenciales como últimamente una colectánea: N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 2002.

subsidiariedad argumentando con razones prácticas y operativas de su propia limitación como instancia representativa en el seno mismo del Estado. No se trataba de las Cortes Españolas o del Parlamento Italiano, que bien pudieran, sino del *Riksdag* finés, el parlamento de Suomi o Finlandia, a iniciativa del *Lagting* aalandés, el parlamento de Aaland al que ahora también me referiré ⁽⁶⁶⁾. Sea otro muestreo de muestra única y además, como buen síntoma, singular. Voy a ocuparme del caso porque es el que se ha hecho presente y público, a cara descubierta, ante la Convención Europea por parte de un Estado miembro, por la parte que se dice nacional, con cierto éxito incluso puede además decirse, según pasamos a ver a renglón seguido ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ Una advertencia de ortografía. En sueco (lengua única oficial aalandesa, aun siendo Finlandia), el nombre se escribe con la vocal inicial coronada por círculo (Åland), de fonética sensiblemente diversa a la 'A' simple, pero están en uso internacionalmente las transcripciones tanto Aaland como Aland. Similar es la práctica entre Saami y Sami que también ahora veremos.

⁽⁶⁷⁾ Contribution for the European Convention, Mariehamn (Aaland Islands) — Helsinki, 4-7 October 2002. The Role of Regions with Legislative Power in the European Union. The role of the Regions with legislative power in the EU: In the European Union more than every second citizen, namely 56,3 per cent of the population live in a region with legislative power. There are altogether about 75 regions with legislative power within the EU. Many of these regions and their special status are recognised in the Treaty provisions and in the protocols annexed to the Treaties. The derogations and other special arrangements foreseen in the Treaties will need to be addressed in the Convention's proposals. However, the EU should also recognise the significance of regionally based legislative and administrative authorities and their contribution in the service of democracy and not least in terms of the principle of subsidiarity in the EU and its Member States. This recognition should also have a real impact on the functioning of the EU. National Parliaments alone do not fully represent these regions in every Member State, especially if the national parliamentary system does not include a second chamber clearly representing regions with legislative authority (like the German Bundesrat in respect of the Laender) This is due to the fact that in some Member States the legislative competence is in some areas divided between the national parliament and the regional parliament. For example, this is the case of Aaland, the only region with own legislative powers in Finland. The autonomous position of Aaland is based on international law, and the division of power between Finland and Aaland is constitutionally based. The principle of subsidiarity: In future treaties the principle of subsidiarity should be understood in a wide sense, covering also the level of regions and taking into account their legislative powers (...). Regional parliaments in regions with legislative authority: The role of regional parliaments should

Obsérvense los puntos ya indicados y adviértase algo más. El planteamiento es práctico. Se nos explica que, si nos limitamos a la incorporación del nivel nacional en el sentido de estatal con vistas a la articulación de Europa, nos toparemos con el problema de que las instituciones parlamentarias de Estado no son siempre representativas o no lo resultan respecto al conjunto de la ciudadanía en igual grado y para todas las materias por la sencilla salvedad de que existen las regiones con poderes legislativos. Finlandia expone su caso y aquí entra desde luego la historia. Las Islas Aaland cuentan con un régimen de parlamento propio, el *Lagting*, por virtud no sólo del derecho constitucional de Estado, sino también por el derecho internacional, trascendiendo con esto definitivamente el nivel que se tiene por nacional. En efecto, cuando Finlandia se independiza de Rusia en 1917, dichas islas se inclinan a incorporarse a Suecia, pues son de población casi exclusivamente sueca. Ya estaban las mismas sujetas a un régimen internacional de desmilitarización desde mediados del siglo XIX. Constituida la Sociedad de Naciones en 1919, intervendrá en el caso, manteniendo a las Islas Aaland en Finlandia, pero bajo la condición sensible de un fuerte régimen de autonomía tanto cultural como política mediante reconocimiento y garantía internacionales ⁽⁶⁸⁾. Actualmente, el Acta o Estatuto de Autonomía respectivo dedica a la integración europea una parte adicional de un capítulo de materia internacional, contemplando la participación del parlamento y el gobierno aalandeses,

be clarified. Their possibilities to scrutinise draft EU legislation in the fields of their legislative powers should be duly taken into account [...]. The Committee of the Regions: As a consequence of the recognition of the legislative and administrative authority of regions within the EU, the mandate and remit of the Committee of Regions should be developed and stated in the Treaties. The Committee should specifically deal with issues relating to local and regional self-government and seek to promote the interests of regions in the EU. Regional dimension in the Convention: We would like to propose that the Convention examine the question of the role of regional legislative authorities and other questions relating to the regional dimension by appropriate modalities, for instance by establishing a working group.

⁽⁶⁸⁾ Hurst HANNUM, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphia 1990, remisiones a las Aaland en el index, y el material respectivo en su edición de *Documents on Autonomy and Minority Rights*, Dordrecht 1993, pp. 115-143.

sobre cuya base se producía la misma llamada de atención del *Riksdag* a la Convención Europea ⁽⁶⁹⁾.

La Constitución de Finlandia, la *Grundlag*, no sólo reconoce el caso de las Islas Aaland. Ha entrado en vigor la actual en el 2000 con doble atención a la integración europea y a la interna. Aparte del reconocimiento en varias ocasiones del régimen de autonomía propio de dichas islas y en el capítulo de los «Derechos y Libertades Fundamentales», encontramos el siguiente artículo acerca del «Derecho al idioma y a la cultura propios», no sólo al idioma, sino también a la cultura, por una razón que apreciaremos enseguida: «Los idiomas nacionales de Finlandia son el finlandés y el sueco [...]. Los Sami, como pueblo aborígen, [...] tienen derecho a conservar y desarrollar su propia lengua y cultura [...]». Figuran éstos, los saamis, entre «otros grupos», como el *roma* o gitano o el de quienes sufren sordomudez u otro handicap, pero mereciendo registro singularizado, como *urfolk*, *indigenous people* o *pueblo aborígen*, a los efectos que aquí precisamente interesan ⁽⁷⁰⁾.

(69) Act on the Autonomy of Aaland. Chapter 9. International Treaties. Section 58. Negotiations on international treaties. The Government of Aaland may propose negotiations on a treaty with a foreign State to the appropriate State officials. The Government of Aaland shall be informed of negotiations on a treaty with a foreign State if the matter is subject to the competence of Aaland [...]. Chapter 9a. Matters relating to the European Union. Section 59a. Preparation of EU matters. The Government of Aaland shall be notified of matters under preparation in the institutions of the European Union, if the matters are within the legislative power of Aaland or may for other reasons be especially important to Aaland. The Government of Aaland shall have the right to participate in the preparation of the matters [...]. Section 59b. Application of a Common Policy of the European Union. In so far as the matter belongs to the legislative power of Aaland, the Government of Aaland shall formulate the national position of Finland relating to the application of a Common Policy of the European Community in Aaland. Section 59c. The Committee of the Regions of the European Community. A candidate designated by the Government of Aaland shall be nominated as one of the representatives of Finland in the Committee of the Regions of the European Community.

(70) La Constitución y el Estatuto se ofrecen en sitio web del Ministerio de Justicia: <http://www.om.fi>, en las dos lenguas oficiales (finlandés y sueco), la Constitución también en inglés, francés, alemán, español y saami, y en inglés el Estatuto; puede añadirse <http://www.politicalresources.net/aland.htm>. El capítulo de la primera es el segundo y el artículo, el 17: «Right to one's language and culture. The national languages of Finland are Finnish and Swedish. The right of everyone to use his or her

La clave puede cifrarse en esta referencia al pueblo saami como pueblo primigenio, *urfolk*, en el propio medio. Se trata de quienes también reciben por parte de otros, no por sí mismos, el nombre de lapones, un pueblo que se extiende entre Noruega, Suecia, Finlandia y Rusia y que no sólo cuenta con propia lengua y propia cultura, sino que también, según los criterios actuales de Naciones Unidas así reflejados en la Constitución de Finlandia, se encuentra reconocido internacionalmente como *indigenous people* o *pueblo indígena*, el único actualmente con tal estricto status en el continente europeo, no digo en el ámbito de la Unión Europea y de sus Estados miembros. Quiere la calificación decir que ha padecido en la historia una situación de tipo colonial y que por consiguiente en la actualidad, en tiempos jurídicamente postcoloniales, ve su posición hacerse objeto de atención y escrutinio internacionales (71). Aunque Finlandia, al contrario que para las Aaland, no especifique más en su *Grundlag*, la circunstancia de que el derecho de tal nivel, el que se dice internacional, haya pedido y tomado cartas en el asunto ha animado, si no inducido, al establecimiento por vía legislativa en 1995 de una autonomía saami en materia sobre todo de cultura, pero también de economía. Fuera de la *Grundlag*, no deja de reconocerse (72).

own language, either Finnish or Swedish, before courts of law and other authorities, and to receive official documents in that language, shall be guaranteed by an Act. The public authorities shall provide for the cultural and societal needs of the Finnish-speaking and Swedish-speaking populations of the country on an equal basis. The Sami, as an indigenous people, as well as the Roma and other groups, have the right to maintain and develop their own language and culture. Provisions on the right of the Sami to use the Sami language before the authorities are laid down by an Act. The rights of persons using sign language and of persons in need of interpretation or translation aid owing to disability shall be guaranteed by an Act ». *Urfolk* es el término de raíz germánica del original finlandés. La versión en castellano se recoge en la *Colección de Constituciones de los Estados de la Unión Europea* (sólo de ellos) del *Boletín de Documentación* del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 17-18, 2003.

(71) S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford 2004, edición actualizada y española que será inmediata.

(72) El mismo sitio del Ministerio de Justicia finlandés remite, bien que mediante el concepto menos constitucional de minoría (<http://virtual.finland.fi/info/english/minorit3.html>), a información sobre el pueblo saami que no hurta noticia de la atención internacional e incluso notifica que Finlandia tiene bajo consideración la posibilidad de ratificación del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos

Ocurre por añadidura que el tratado de adhesión a Europa de Finlandia en 1994 contenía sendos protocolos sobre las Islas Aalands y el pueblo saami respectivamente, registrándose con ulterioridad en el propio proyecto de Tratado-Constitución, conforme al requerimiento finlandés, salvedad tan sólo respecto al caso de las primeras y no al del segundo, como si éste, en vez de hacerse más vivo durante estos últimos años, se hubiera eclipsado. Subrayemos la diferencia que media entre uno y otro supuesto pues resulta clave. Aalandeses y aalandesas son culturalmente suecos y suecas. Suecia es un Estado miembro de la Unión Europea. El pueblo saami es un pueblo de cultura propia y territorio propio (Sapmi o, en terminología ajena, Laponia) que se encuentra comprendido y dividido por historia colonial entre las fronteras de Noruega, Rusia y la Unión Europea (Finlandia y Suecia). La descolonización internacional, contemplando sólo el colonialismo exterior, no ha interesado todavía al caso, pero lo tiene a la vista. Entre tales condiciones, la operación del eclipse del caso saami contrastando con la salvedad aalandesa en el Tratado-Constitución puede constituir un éxito para Finlandia como Estado con cuestiones de articulación abiertas. La Unión misma resulta que puede prestar cobertura a colonialismo (73).

Indígenas que comienza por la definición: « Peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present State boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions », guardando « self-identification as indigenous » como « fundamental criterion » éste último para la correspondiente identificación. Interesando al pueblo saami como enseguida añadido, ya lo tiene ratificado Noruega. También es actualmente bajo el concepto de minoría (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 27) que tanto la Comisión como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas supervisan el tratamiento de los pueblos indígenas por los Estados.

(73) Proyecto de Tratado-Constitución, parte IV, « General and Final Provisions », artículo IV-4, párrafo 5: « The Treaty establishing the Constitution shall apply to the Aaland Islands in accordance with the provisions set out in Protocol 2 to the Act concerning the conditions of accession of the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden », el cual protocolo segundo no dejaba de hacer referencia a la causa o al paraguas de la salvedad aalandesa « under international law » y no sólo la Constitución de Finlandia, pero había también uno tercero sobre el pueblo

La autonomía saami resulta de rango inferior a la aalandesa. Ahí están ambas. Así con todo existen dentro de las fronteras finlandesas internacionalmente reconocidas, pero no reconocidos por igual todos estos supuestos, no sólo el *Riksdag* finlandés y el *Lagting* aalandés, sino además el *Sámidiggi* o parlamento saami. Hay más. Desbordando las fronteras no sólo de Finlandia, sino incluso las actuales y aún las previsibles de la Unión Europea, existen también el Consejo Nórdico Saami común a todo el pueblo saami desde Noruega hasta Rusia pasando por Suecia y Finlandia y asimismo el Consejo Parlamentario Saami de los tres parlamentos saamis, el de Noruega, el de Suecia y el de Finlandia, como también el Consejo Ártico sumando a la representación de los pueblos indígenas del Consejo Nórdico la de Islandia, Islas Feroes, Groenlandia, Canadá y Alaska, con lo cual, por los casos feroés y groenlandés, se compromete además a otro Estado de la Unión, Dinamarca. Con todo esto y bastante más por parte de otros Estados, caso de no haber complicidad en la cobertura europea, ¿no va a tener que importar el primer o tercer nivel que le digamos, el 'regional y local', a la integración europea de Finlandia y el resto? (74).

saami « under national and international law » precisamente, lo que también podía comprometer a Suecia. Los protocolos, como los tratados, se encuentran en el sitio del derecho europeo, EUR-LEX: <http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/treaties-accession.html>. Para un cierre de aguas en la cobertura, la referencia a territorio en parte I, tít. I, « Definition and objectives of the Union », art. 5, « Relations between the Union and the Member States », par. 1: « The Union shall respect the national identities of the Member States, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including those for ensuring the territorial integrity of the State, and for maintaining law and order and safeguarding internal security ». Por su parte, frente a los propios reconocimientos constitucionales del pueblo saami por parte de Estados nórdicos, el Consejo de Europa se empeña en reservar el tratamiento de minoría conforme ahora al propio Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (1995). En 2000, Suecia ha aprovechado la ratificación de este instrumento europeo para declaración reductiva: « The national minorities in Sweden are Sami, Swedish Finns, Tornedalers, Roma and Jews ». Finlandia ratificó en 1997 sin declaración ni reserva anexas (información en el sitio indicado del Consejo de Europa).

(74) A. PIKA, J. DAHL e I. LARSEN (eds.), *Anxious North: Indigenous Peoples in Soviet and Post-Soviet Russia. Selected Documents, Letters, and Articles*, Copenhagen 1996; J. B. HENRIKSEN, *Saami Parliamentary Co-Operation: An Analysis*, Copenhagen

¿Cuánta historia imprevista no entra por este cauce, cuánta historia no exactamente 'nacional', si seguimos identificando nación con Finlandia, ni tampoco reducible a la Europa pasada, actual ni futura? He ahí todo un escenario 'regional y local', e incluso colonial, interesando no sólo a construcción, sino también a deconstrucción, esto es a los límites, condicionamientos y posibilidades de la Unión Europea. La categoría de nación como identidad de Estado, este leit-motiv del Tratado-Constitución, es lo primero que una historia más íntegra y realista o menos mutilada y ficticia, deconstruye. Ha ocultado y oculta colonialismo. Mas sigamos entre imágenes. ¿Hace falta hablar de otros casos, como el de España sin ir más lejos, para que comprobemos que Finlandia no lo es tan singular, salvo detalles de derecho internacional y poco más? Hablamos de una España que incluye islas y ciudades africanas al menos geográficamente, pero en algo también culturalmente, con el importante contingente islámico de un enclave como el de Melilla en Marruecos. ¿Se necesita realmente la comprobación adicional para un caso como el español o para casos como los de Francia, Gran Bretaña, Dinamarca o los Países Bajos con sus respectivos territorios ultramarinos, saliendo así por igual de Europa en términos geográficos, pero no en los políticos? No lo creo, aunque el recordatorio nunca está de más en sí y de cara al propio escenario común europeo y más que europeo. Tampoco es tan singular España (75).

Se trata en efecto del escenario laxa y eufemísticamente dicho

1999; E. JOSEFSEN, *The Sami and the National Parliaments: Direct and Indirect Channels of Influence*, en K. WESSENDORF (ed.), *Challenging Politics: Indigenous Peoples' Experiences with Political Parties and Elections*, cit., pp. 64-92; Th. KÖLER y K. WESSENDORF (eds.), *Towards a New Millennium: Ten Years of the Indigenous Movement in Russia*, Copenhagen 2002, con sección sobre *Legal Rights*, pp. 211-287. Añádase la correspondencia europea del Consejo Saami, Convención como destinataria inclusive, como también el Consejo de Europa: <http://www.saamicouncil.net/english/EUissues.htm>, con información adicional sobre derecho internacional e intereuropeo tocante al caso de los pueblos indígenas.

(75) B. CLAVERO, 'Territorios forales'. *Página española del palimpsesto europeo*, en P. SCHIERA (ed.), *Le autonomie e l'Europa. Profili storici e comparati*, Bolonia 1993, pp. 15-45; M. CAJAL, *Ceuta, Melilla, Olivenza y Gibraltar. ¿Dónde acaba España?*, Madrid 2003; B. CLAVERO, J.M. PORTILLO y M. LORENTE, *Pueblos, Nación, Constitución (En torno a 1812)*, Vitoria-Gasteiz 2004.

‘regional y local’ que hemos visto asomar en el preámbulo de la Carta de Derechos y que sin embargo viene a cancelarse en el del Tratado-Constitución limitándose de tal guisa el edificio europeo a dos niveles en solitario, el de Europa y el llamado ‘nacional’ que sigue resultando el de Estado. A efectos prácticos ⁽⁷⁶⁾, ¿va a serle indiferente a Europa que los parlamentos y gobiernos dichos nacionales puedan alterar e incluso desestabilizar relaciones interparlamentarias e intergubernamentales internas de los Estados que, al contrario que Finlandia respecto a la Islas Aaland y no en cambio al pueblo saami, no contemplan la participación de funciones europeas o que hasta puedan aprovecharlas para apoderarse ellos mismos, los Estados? Así parece de momento, previéndose en cambio al extremo que no vaya a producirse tal género de efectos colaterales entre los Estados y la Unión.

Tampoco es que haga falta malicia ninguna para relacionar una imagen de dos niveles con opciones determinadas del propio proyecto. Todo el empeño que se pone en integrar Estados por vía intergubernamental y también ahora interparlamentaria, sumadas ambas a la interjudicial, todo el desentendimiento que en cambio se muestra de cara a su articulación misma o del que incluso se hace alarde, postergándose resueltamente la contribución del primer o

⁽⁷⁶⁾ Por precaverse, importaba la propuesta vista de legitimación procesal expedita o, en mejores términos, derecho de acceso a la justicia europea por parte del Comité de las Regiones: « the granting to the Committee of the Regions of the right to institute proceedings before the Court of Justice », demanda sólo parcialmente acogida para materia prevista de consulta obligada (Protocolo sobre la Aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad, art. 7, interesando también la referencia del art. 5 del mismo protocolo, como cuestión interna de los Estados, a una posibilidad: « to consult, where appropriate, regional parliaments with legislative powers » por parte de los parlamentos ‘nacionales’ respecto a derecho europeo). En el cuerpo del proyecto de Tratado-Constitución el Comité de las Regiones ni siquiera comparece finalmente entre las « Union’s Institutions » (parte I, tít. IV, cap. I), manteniéndosele relegado entre los ‘Union’s advisory bodies’ (arts. I.31; III.292-294), ante lo cual palidece un registro inicial de respeto al ‘regional and local self-government’ en el mismo Tratado-Constitución (art. I.5.1, ya citado). En cuanto a las precauciones ulteriores del mismo respecto a los Estados, no sólo despliega su juego el principio de la subsidiariedad en sus dimensiones de índole más política, sino que se cuida al propósito hasta la vertiente judicial que, por garantía de derechos, pudiera apoderar instituciones (arts. I.7.2, que luego citaré, y II.51).

tercer nivel, según se cuente, a la construcción estricta de Europa. No se da un paso atrás, pero tampoco es que se dé adelante en relación con la creación hace poco más de una década, por el Tratado de Maastricht, del mismo Comité de las Regiones, despertando ciertas expectativas, tampoco muchas dadas sus limitaciones representativas por mediatización de los Estados y restricciones competenciales por sólo consultivas ⁽⁷⁷⁾.

Retorno al escenario de partida. Finlandia ha sido caso práctico y aplicado para la perspectiva europea. La historia de una Europa de dos niveles puede estar preconstituyendo una imagen especular del propio sujeto político en construcción, si no es que la determinación política en tal sentido está deliberadamente recurriendo como cobertura a la consiguiente figuración del pasado. ¿Alguien da más que la historia? He ahí la dimensión conjuntamente práctica y teórica de la historiografía, no exactamente de la historia misma.

5. *Constitucionalismo y colonialismo por Europa y América.*

La cuestión subsiguiente no se nos dirige a nosotros, a aquel magro plural que formemos entre unos cuantos votos en el seno de la ciudadanía europea, el mío y los de quienes persuada o de cuantos y cuantas, sin necesidad ninguna de leerme, se interroguen, informen y reflexionen sobre historia y constitución de Europa. No será la de si estamos alertas y mostramos capacidad como para abrir, con dechado de imaginación, un horizonte rotundamente postcolonial tanto interno como externo, pues en ambas vertientes vemos que se producen dependencias y bloqueos. Hay solapamientos inquietantes entre colonialismo y constitucionalismo. La historiografía tiende a ver mera coexistencia donde puede que la historia sea de verdadera intimidación. La cuestión importa porque compromete el extremo más sensible del derecho, el de los derechos. ¿A quién la dirigimos?

⁽⁷⁷⁾ J. ASTOLA, *Poder Regional en la Unión Europea*, Oñati 1994, resaltando justamente limitaciones.

5.1. *Principio constitucional: el derecho tanto propio como ajeno a la cultura.*

La cuestión habrá de dirigirse al proyecto mismo europeo. Sea entonces la de si el Tratado-Constitución, con la Carta de Derechos, encierra la capacidad de perfilar, pues ya no de alcanzar, el horizonte definitivamente postcolonial. Es hora de referirse a unos contenidos y no sólo a los preámbulos, los cuales no tienen por qué determinar ni mucho menos todo el cuerpo articulado del texto sustantivo. Pueden unos prólogos constituir coberturas tan tenues como superficiales. La apertura de visión ya hemos dicho que no acaba de apreciarse en la dimensión institucional más tangible. Precisamente puede ser la determinación instituyente de limitar la construcción de Europa a dos niveles lo que conduce al nuevo preámbulo con su modulación más sesgada de la imagen histórica. Queda por medio todavía lo fundamental, el capítulo de los derechos con la virtualidad siempre, por haber de consistir en libertades, de trascender restricciones institucionales.

En su mayor apertura comparativa de horizonte, la Carta de Derechos podría superar unas limitaciones. Recordemos que el preámbulo registra como valor la referencia a «la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa» sin identificarles plenamente con los Estados y sin presumirse la existencia de una civilización europea tan en singular hacia el interior como hacia el exterior. Puede ser el reconocimiento de la diversidad cultural una vía de entrada para todos los niveles a los mismos efectos de superior integración de Europa. Cabe que se conecte plenamente tanto con la realidad 'regional' como con el principio de subsidiariedad. Constituye el registro de culturas ante todo y sobre todo un terreno clave para los derechos no tan sólo además por la tendencia de los Estados a entender la propia como signo y patrimonio de identidad 'nacional' distintiva con el riesgo consiguiente de selección, depuración, discriminación, exclusión y hasta eliminación de otras culturas. Resulta el escenario de diversidad tanto o más sensible dada la común, por humana, identificación de los individuos con la cultura en la que se socializan que no tiene siempre la suerte, sobre todo si media colonialismo, de coincidir con la que identifica a su vez al Estado. He ahí, entre «la diversidad de

culturas y tradiciones » que suelen comenzar por la lingüística tanto dentro como más allá de las fronteras de Estados, un terreno abonado para la definición de unos derechos y fértil para la aplicación de unas políticas ya nada coloniales de no-discriminación ni entre individuos ni entre pueblos (78).

Se suele presentar el derecho a la cultura como de última generación sumándose a los de libertades personales, civiles, políticas, económicas y sociales, a toda una serie de derechos precedentemente constituida como si no dependiera de cultura alguna. Podría merecer sin embargo un puesto primario de alcance constituyente al estar definiendo el ámbito comunitario donde la persona comienza por socializarse y así incluso por individualizarse. Nadie se hace en el seno de una cultura universal y hay quien tampoco en la propia del Estado. Suele también exponerse que la anteposición del derecho a la cultura particular como uno personal al propio ámbito social enquistaba un conflicto entre grupo e individuo que en cambio no se plantearía si la primera referencia constituyente fuera la del Estado y los primeros derechos fuesen entonces los civiles y políticos reconocidos y garantizados por el correspondiente ordenamiento. ¿No se sienta así un derecho colectivo de ciudadanía lesiva para quienes se individualizan y socializan en cultura diversa a la del Estado y puedan seguir optando por la cultura propia? ¿Por qué juega la presunción inexceptuable de los poderes estatales como funcionales a libertades con abstracción de culturas particulares? Otros derechos colectivos de ámbitos más

(78) S. BENHABIB, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton 2002, para introducción en un escenario de derechos donde el correspondiente a la cultura particular puede ser humanamente previo al de otros accesos y comunicaciones, aun acentuándose el requerimiento democrático de esto segundo. Lo primero constituye un dato elemental cuya constancia, con el reto consiguiente de acomodación entre culturas en toda su pluralidad, es hoy tan habitual en la antropología como todavía realmente exótico e incluso repelente entre constitucionalistas: C. GEERTZ, *Available Lights: Anthropological Reflections on Philosophical Topics*, Princeton 2000, p. 256: « By rights, political theory should be [...] a school for judgment, not a replacement for it — not a matter of laying down the law for the less reflective to follow (Ronald Dworkin's judges, John Rawls's policy makers, Robert Nozick's utility seekers), but a way of [...] participat[ing] in the construction of what is most needed [...], a practical politics of cultural conciliation », sobre la base del reconocimiento mutuo y garantía común, por intercultural, de derechos, cabría añadir.

comunitarios pudieran ser requeridos por imperativo de la propia libertad del individuo ⁽⁷⁹⁾. Unas evidencias nórdicas, la saami y también la aalandesa, resultan suficientemente expresivas para la propia Europa. Podrían ciertamente multiplicarse no sólo a lo largo y ancho de su propia geografía política, sino también por toda la extensión del universo mundo ⁽⁸⁰⁾.

La Carta de Derechos europea dedica a la « Diversidad cultural, religiosa y lingüística » un solo artículo, el 22: « La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística » (« The Union shall respect the cultural, religious and linguistic diversity », « L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique »; « Die Union achtet die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen »; « De Europese Unie eerbiedigt de verscheidenheid van cultuur, godsdienst en taal »; « L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica »; « Η Ένωσις σέβεται την πολιτιστική θρησκευτική και γλωσσική πολυμορφία »; « A União respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística »; « Unionen respekterer den kulturelle, religiøse og sproglige mangfoldighed »; « Unionen skall respektera den kulturella, religiösa och språkliga mångfalden »; « Unioni kunnioittaa kulttuurista, us-

⁽⁷⁹⁾ Extendiéndome, B. CLAVERO, *Multiculturalismo constitucional con perdón, de veras y en frío*, en « Revista Internacional de Estudios Vascos », 47, 2002, pp. 35-62. Personalmente confieso que soy tan extremadamente individualista como Th. M. FRANCK, *The Empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism*, Oxford 1999, pero que he aprendido en cambio a considerar el propio individualismo como un rasgo de cultura particular sin derecho ninguno a presumirse universal y aún menos a imponerse como tal. Sirva la confesión para seguir perfilando, por lo que pueda interesar a la lectura, mi autolocalización.

⁽⁸⁰⁾ El abordaje seguramente más significado, por sensibilidad a cultura particular en contexto constitucional, lo representa W. KYMLICKA, *Liberalism, Community, and Culture*, New York 1989 (hay traducciones), presentando un sesgo muy americano, no sólo de Angloamérica, en la línea de minoración, asimilación y reducción de supuestos dentro de los Estados, pero que merece seguir destacándose por cuanto evoluciona: W. KYMLICKA, *American Multiculturalism and the 'Nations Within'*, en D. IVISON, P. PATTON Y W. SANDERS (eds.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge 2000, pp. 216-236, ensayo no recogido en su colectánea de obra dispersa de estos años, W. KYMLICKA, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford 2001 (hay traducciones), aun conteniendo la misma una sección sobre lo que denomina *Ethnocultural Justice*, con debates sobre el asunto de los derechos de los pueblos indígenas.

konnollista ja kielellistä monimuotoisuutta»; y punto en las once lenguas oficiales de la Unión Europea en 2003, cuando la Convención, limitándose así el artículo a repetir prácticamente el enunciado del título). No sólo falta desarrollo mínimo, sino también declaración estricta. No hay siquiera reconocimiento de derecho, sino principio de política, lo que en el ámbito del ordenamiento de la Unión podrá implicar un nivel de protección judicial conforme a control de legalidad y no al de constitucionalidad europea ⁽⁸¹⁾.

La remisión a otros instrumentos europeos de derechos humanos en el preámbulo de la propia Carta, que no habrá pasado desapercibida, como también en el interior de la misma en cuanto que derecho común de todos los Estados de la Unión, no cambia el planteamiento. El mantenimiento y ejercicio de culturas no identificadas como nacionales, en sentido siempre de estatales, se produce en términos de protección, y no cual derecho propio y estricto, por ellos mismos y por Europa, por las diversas jurisdicciones europeas comprometidas con derechos humanos. Más significativo que el propio derecho de la Unión puede ser el del Consejo de Europa, a cuyo Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hemos visto que el preámbulo de la Carta hace remisión expresa. El proyecto de Tratado-Constitución añade la previsión de ratificación e incorporación directas por parte de la Unión ⁽⁸²⁾.

⁽⁸¹⁾ Proyecto de Tratado-Constitución, parte II, tít. VII, « General Provisions governing the Interpretation and Application of the Charter », art. 52, « Scope and interpretation of rights and principles », par. 5: « The provisions of this Charter which contain principles may be implemented by legislative and executive acts taken by Institutions and bodies of the Union, and by acts of Member States when they are implementing Union law, in the exercise of their respective powers. They shall be judicially cognisable only in the interpretation of such acts and in the ruling on their legality »

⁽⁸²⁾ Parte I, título II, « Fundamental Rights and Citizenship of the Union », art. 7.2: « The Union shall seek accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Constitution », habiéndome referido ya al mismo por razón de la última frase. Además de los propios textos, se ofrece buena ilustración en el sitio web oficial citado del Consejo de Europa, particularmente, para cuanto nos interesa más de cerca, en el apartado que no deja de dedicarse, otras convenciones mediante como la específica referida, a las llamadas minorías y a unos derechos

En el caso de la Carta aún se añade algo. Tampoco habrá pasado inadvertido el siguiente pasaje del propio preámbulo: « Los tribunales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta ». No parece que una institución que ni siquiera cuenta con un poder normativo, sino de propuesta, pueda permitirse una recomendación a la justicia en esos términos de interpretación obligada. Incluso contándose con el poder, es dudoso que tal práctica sea de recibo. En todo caso, ya que no constituimos tribunal ni ejercemos justicia en modo alguno, puede interesarnos la recomendación de lectura y la plantilla de interpretación de la explicación del Praesidium ⁽⁸³⁾.

No dejan tales explicaciones de ofrecer pistas de entendimiento del registro de la diversidad cultural como principio político y no título jurídico con el añadido de la más cuidadosa restricción de una tal pluralidad a la interna que, imagería mediante, se entienda por tradicional y característica de Europa, que tampoco es así toda ella ni mucho menos, sin facilidades para extenderse a la sobrevenida por inmigración o, aún menos, a la puramente exterior, lo cual también interesa a libertades y a culturas tanto propias como ajenas. Se especifica para dicho registro todo un tracto normativo a lo largo

culturales que consiguientemente se confían a la protección del Estado, de un Estado de cultura entonces ajena o como tal sentida, antes que a la libertad y responsabilidad colectivas del propio grupo humano así acreditado: <http://www.humanrights.coe.int/minorities/index.htm>.

⁽⁸³⁾ Si el mandato de interpretación dirigido por el preámbulo a la justicia se tomase a sí mismo realmente en serio, las explicaciones del Praesidium tendrían que constituir una compañía inseparable para los artículos de la Carta y habrían de ofrecerse además en todas las leguas oficiales de Europa (en inglés se encuentran en el sitio web citado de la Convención), nada de lo cual es el caso, y con lo cual además el Tratado-Constitución definitivamente sobrepasaría un volumen ya de por sí record entre textos congéneres si por tales entendemos, como parece que se debe, los constitucionales de dirección ciudadana, ya que no de remite equivalente. Hay quien demuestra buenos reflejos para acusar el giro que se le quiere imprimir a las explicaciones del primer Praesidium frente a su propio propósito inicial y en contraste también con el estilo más bien obsequioso del incipiente constitucionalismo europeo: A. TIZZIANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, p. 269, en « Il Diritto della Unione Europea », 2-3, 2003, pp. 249-290.

del transcurso de la construcción europea conducente a dicha lectura de lo más restrictiva. El mismo proyecto de Tratado-Constitución en momento precedente (en su parte primera, título primero, «De la definición y de los Objetivos de la Unión», artículo tercero, «Objetivos de la Unión», tercer párrafo) limita contextualmente el reconocimiento de la diversidad cultural a la interior tradicional europea: «La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la preservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo». Alguna referencia ulterior a diversidad «regional» no modifica el cuadro ⁽⁸⁴⁾.

No hay especificaciones en términos más propiamente jurídicos, pero se sintoniza con las que brinda el Consejo de Europa en su Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995. El principio no es en efecto de derecho, sino de política, de la política de respeto a la diferencia conveniente para la convivencia y la democracia, conforme demuestra en negativo la propia historia de Europa que no resulta entonces, por su historial incluso genocida, tan ejemplar ni civilizatoria. Al concretarse la política como derecho, éste se le reconoce a «las personas pertenecientes a minorías» sin extensión alguna a estas mismas en cuanto tales, en cuanto que agrupamientos humanos, conforme a su vez al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

⁽⁸⁴⁾ Proyecto de Tratado-Constitución, parte I, tít. I, art. 3, «The Union's objectives»: p. 3, final: «The Union shall respect its rich cultural and linguistic diversity, and shall ensure that Europe's cultural heritage is safeguarded and enhanced»; parte III, «The Policies and Functioning of the Union», cap. V, «Areas where the Union may take coordinating, complementary or supporting action», section 3, «Culture», art. 181.1: «The Union shall contribute to the flowering of the cultures of the Member States, while respecting their national and regional diversity and at the same time bringing the common cultural heritage to the fore». El momento más expresivo del tracto que dibuja la explicación del Praesidium, que enseguida citaré, puede ser el más reciente de Maastricht, el del Tratado de la Unión Europea, art. F(6).1: «The Union shall respect the national identities of its Member States, whose systems of government are founded on the principles of democracy», aunque el referido 181.1 del proyecto de Tratado-Constitución tenga su precedente textual en el anterior Tratado de la Comunidad Europea, art. 151.1 (antes 128): «The Community shall contribute to the flowering of the cultures of the Member States, while respecting their national and regional diversity and at the same time bringing the common cultural heritage to the fore». Como puede observarse, la Carta de Derechos no ha movido a la revisión de fórmula tan estatalista de partida.

y al instrumento más específico de Naciones Unidas, la Declaración de Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992. Todavía, un marco internacional también contribuye tanto al reconocimiento de derecho como a su minoración. De ahí proviene la categoría de minoría que se define en relación a Estado de cultura ajena a cuya protección se le encomienda ⁽⁸⁵⁾.

En estos instrumentos jurídicos, los de derechos humanos referentes a minorías, la categoría definitoria no se define en unos términos estadísticos. En Europa no se da el caso, pero por América hay Estados con mayoría de población indígena sujeta a la consideración constitucional e internacional de minoría. El concepto procede de unos tiempos coloniales que abiertamente minuscaptaban a la humanidad no europea. Hoy determina el ámbito de reconocimiento de unos « derechos de personas pertenecientes a minorías » manteniéndose la discapacitación de la minoría misma, como colectivo humano, para responsabilizarse y hacerse cargo de la garantía propia de libertades. La responsabilidad compete a los Estados bajo la supervisión ahora del orden internacional de derechos humanos. Más solapadamente opera a estas alturas la presunción supremacista de unas culturas sobre otras, de las estatales sobre las no estatales por América como por Europa

⁽⁸⁵⁾ Convenio Marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales, preámbulo: « [...] Being resolved [the States] to protect within their respective territories the existence of national minorities, Considering that the upheavals of European history have shown that the protection of national minorities is essential to stability, democratic security and peace in this continent; Considering that a pluralist and genuinely democratic society should not only respect the ethnic, cultural, linguistic and religious identity of each person belonging to a national minority, but also create appropriate conditions enabling them to express, preserve and develop this identity [...] », art. 1: « The protection of national minorities and of the rights and freedoms of persons belonging to those minorities forms an integral part of the international protection of human rights, and as such falls within the scope of international co-operation ». Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 27: « In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language », sin traer novedad la declaración dicha que lo desarrolla en cuanto al punto estricto del sujeto.

aunque, por unas latitudes como por otras, los Estados también ahora presuman que, por respeto de libertades, ya son neutrales en este ámbito de la cultura. Puede haber más. Recuérdese que, tan recientemente como en el giro del milenio cristiano, en 2000, la Constitución de Finlandia registra el derecho del pueblo saami en el mismo pasaje constitucional del que haya de corresponder por sordomudez u otro handicap, como el que probablemente comparten mis lectoras y lectores de no manejarse en finlandés ni en sueco. No parece que con ello se esté realmente reconociendo, para el primer supuesto, otra cultura, como considerándoseles todavía en posición de carencia y discapacidad. Era y puede seguir siendo, dentro de la Unión Europea incluso, la composición colonial ⁽⁸⁶⁾.

En el Tratado-Constitución de Europa hay también más, algo más no menos inquietante para las libertades. Mediante la misma explicación del artículo de la diversidad cultural por parte del Praesidium se añade incluso una concreción en línea ciertamente más bien adversa a derecho de libertad por cuanto que viene a entender como expresión eminente de una tal pluralidad la que implica el establecimiento de religiones por algunos de los Estados europeos, como de la iglesia luterana en Finlandia sin ir más lejos y sin necesidad tampoco de retornar a España ⁽⁸⁷⁾. La misma Carta de Derechos registra dicho reconocimiento a unas confesiones e iglesias europeas siempre en el caso de que sean de Estados: « La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido, en virtud

⁽⁸⁶⁾ Para la determinación y juego de la categoría de minoría puedo también remitir a B. CLAVERO, *Minority-Making*, publicado en los anteriores « Quaderni Fiorentini ». El párrafo referido de la flamante Constitución de Finlandia está citado: « The Sami, as an indigenous people, as well as the Roma and other groups, have the right to maintain and develop their own language and culture. Provisions on the right of the Sami to use the Sami language before the authorities are laid down by an Act. The rights of persons using sign language and of persons in need of interpretation or translation aid owing to disability shall be guaranteed by an Act ».

⁽⁸⁷⁾ Explanation. This Article [22] has been based on Article 6 of the Treaty on European Union and on Article 151(1) and (4) of the EC Treaty, now replaced by Article [III-181 (1) and (4)] of the Constitution, concerning culture. Respect for cultural and linguistic diversity is now also laid down in Article [3(3)] of the Constitution. The Article is also inspired by declaration No 11 to the Final Act of the Amsterdam Treaty on the status of churches and non-confessional organisations, now taken over in Article [51] of the Constitution.

del Derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros » (parte primera, título sexto, « De la Vida Democrática de la Unión », artículo 51, primer párrafo) ⁽⁸⁸⁾.

Cuando vemos al preámbulo de la Carta de Derechos referirse a la autoridad de las « tradiciones constitucionales » de los respectivos Estados, no nos precipitemos en dar por sentada que la remisión ha de jugar, con la figuración de la historia consiguiente, en beneficio de libertad ⁽⁸⁹⁾. Puede hacerlo, si no realmente a la contra, tampoco exactamente a favor. Así, adversativamente, es como comienza en la práctica a concretarse. De hecho, unas tradiciones estatales tienen que ver más con limitación que con franquicia de libertad. Historia mediante que no siempre se registra en constitución, el mismo asunto de la religión puede que sea sintomático. Resulta otra muestra ⁽⁹⁰⁾.

La candidatura de Turquía, de una Turquía a la que, mientras que no se modifique la vinculación entre religión y libertad, no se

⁽⁸⁸⁾ Proyecto de Tratado-Constitución, parte I, tít. VI, « The democratic life of the Union », art. 51, « Status of churches and non-confessional organizations », pág. 1: « The Union respects and does not prejudice the status under national law of churches and religious associations or communities in the Member States ».

⁽⁸⁹⁾ Para una visión estimable en términos propicios a libertades que el Tratado-Constitución no es que venga luego a garantizar, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bolonia 2002. Para una presentación concreta de derechos culturales en el constitucionalismo europeo de signo complaciente bien que también registrando la insuficiencia de la fórmula específica de la Carta de Derechos, J. LUTHER, *Le frontiere dei diritti culturali in Europa*, en G. ZAGREBELSKY (ed.), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari 2003, pp. 221-243.

⁽⁹⁰⁾ Historia en efecto mediante, puede ofrecer un ejemplo de dónde puede llegarse a través de resquicios un tanto inesperados: B. CLAVERO, *Sexo de derecho, acoso de justicia*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 52, 1998, pp. 189-217, a propósito de un desarrollo jurisprudencial que presta respaldo constitucional a persistencias del *ius commune* de sucesiones de signo dinástico con sus serios efectos de discriminación por más de un concepto, con el agravante para mí además de que saca provecho de mi trabajo extrayendo datos y no ideas: B. CLAVERO, *Beati dictum. Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 63-64, 1993-1994, pp. 7-148. El ponente de la sentencia del caso ofrece una semblanza propia como internacionalista: J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Les espaces et les valeurs juridiques*, en « Zeitschrift für Europäisches Privatrecht », 11, 2003, pp. 817-827.

le exija más laicismo que a los Estados miembros con establecimiento más o menos franco o también solapado de orden religioso, constituye una piedra de toque para el pequeño detalle de si sólo hay nicho en Europa para cristianismo confesional y postcristianismo laico ⁽⁹¹⁾. Sin embargo, ya están introducidas esta religión y su secuela, y no precisamente además como expresión de libertad, sin necesidad de mención específica en preámbulo alguno. Agregarla tal vez cerraría de antemano ese particular resquicio para cultura de matriz no cristiana o enviaría al menos tal inquietante mensaje. Mas sus elementos están dados. ¿Añadiría la mención algo nuevo? Aunque no se le vinculase a efecto sustantivo alguno y tampoco se le aprovechara para políticas desfavorables a constancia y garantía de libertades, constituiría, dado su contexto, un signo definitivo de supremacismo cultural tan ofensivo como lesivo a fin de cuentas. Comenzaría a resentirse de entrada no sólo Turquía, sino también Bosnia, si no más, interesando a toda Europa ⁽⁹²⁾. No

(91) El sitio citado de la Convención Europea pone en la red el proyecto de Tratado-Constitución no sólo en las once lenguas oficiales de la Unión en 2003, sino también en las de los Estados entonces candidatos alcanzando incluso a Turquía de forma que así se hace también visible la parquedad del registro de la diversidad cultural en la Carta de Derechos: « Birlik, kültür, din ve dil çeitliliğine saygı gösterecektir ». Punto.

(92) Criterio cuantitativo aparte, lo que ha de ser secundario para el derecho de libertad, si hay una comunidad musulmana europea, parece que es Bosnia antes que Turquía u otras que estén formándose. Pienso también en casos históricos que puedan guardar alguna trascendencia jurídica. Por ejemplo sin ir más lejos, la España musulmana, un paréntesis todavía para la historiografía dominante española, la misma que suele representar la expansión medieval de las fronteras cristianas bajo el título legitimador de *reconquista*, cuando, en un caso como el del reino de Granada (actual Andalucía oriental) median casi ocho siglos entre islamización (inicios del VIII) y recristianización (finales del XV), o todavía un siglo largo más, pues los llamados *moriscos* (quienes fueron forzosamente cristianizados, pero conservaron lengua y cultura árabes) fueron expulsados (con pérdidas de bienes y también de descendencia mediante secuestro masivo de la infancia para adopción por familias cristianas e intervención decisiva de una Iglesia, la católica) hacia comienzos del siglo XVII, lo cual sólo hace cerca de cuatro siglos hasta hoy. Podría haber ahora un título de *reconquista* más fundado que el cristiano, aunque no se trata por supuesto de esto (el tiempo no cuenta para crímenes que no prescriben como los de lesa humanidad), sino del reconocimiento del genocidio, la eliminación deliberada del Islam hispano, para satisfacción y resarcimiento de la descendencia actual, sobre todo por cuanto hay comunidades musulmanas por el África mediterránea con memoria de historia oral. Tratándose histórica-

sería muy distinto el caso de la profesión hindú de la Constitución de la India, lo que también, a estas alturas, es propuesto en su ámbito por fuerzas políticas con cierto respaldo de sufragio ciudadano, cuando la misma viene precisamente caracterizándose por un planteamiento laico desde la propia independencia pese a la doble escisión musulmana, las de ambos Países, con la posterior Bangladesh, y la India restante, con las respectivas limpiezas étnicas a todos los lados de las nuevas fronteras de Estados ⁽⁹³⁾.

He ahí, por lo que nos toca, el escollo constituyente del universalismo europeo para la propia Europa y para todo el Universo. Adolece de un sesgo de ejercicio porque está lastrado de origen. Resulta tan descolocado como dislocado. Es unilateral y, con ello, todavía colonial incluso constitutivamente. No se trata de mero residuo de historia ni simple servidumbre de historiografía ⁽⁹⁴⁾. Tal presunto universalismo se produce por expansión e imposición de los propios supuestos culturales, se definen o no como religiosos o con algún componente de religión más solapado. La cuestión no se plantea entre universalidad y particularidad, sino entre universalidad sesgada y particularidad inconfesable sin entrar en juego la localización y provincialización que serían ya de entrada auspiciables. Ninguna respuesta daría a mi juicio el reconocimiento abierto de una identidad cristiana pues, aparte de violentar la historia, en el contexto del orgullo europeo parece que tan sólo

mente de limpieza étnica para refuerzo de unas fronteras cristianas de Europa, la responsabilidad actual pudiera ser no sólo española, sino europea y del Estado Vaticano. ¿Cómo cabría con la fábula civilizatoria de los preámbulos del Tratado-Constitución? Existiendo bastante investigación sobre la España islámica y morisca (no estamos en los tiempos de la obra citada de C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *La España Musulmana*), no conozco historiografía sensible a la potencial dimensión jurídica de presente. De genocidios invisibles para Europa me ocupo en CLAVERO, *Genocidio y Justicia*, cit.

⁽⁹³⁾ A.K. GIRI, *Il 'governo della legge' e la società indiana*, pp. 722-728, en COSTA y ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2002, pp. 708-738. Se tiene ahora la colección que introduce M. HASAN, *The Partition Omnibus*, Oxford 2002. Ampliaré todavía referencias al caso específico.

⁽⁹⁴⁾ Véase ahora el primer dossier sobre *Human Rights* de la flamante revista electrónica de la Duke University *Worlds and Knowledge Otherwise*: <http://www.jhfc.duke.edu/wko/splash.php>.

implicaría refuerzo del sesgo con carga del lastre ⁽⁹⁵⁾. Tampoco hace falta que el rasgo se ponga de manifiesto o incluso en evidencia para que el efecto opere. Repásense unos preámbulos para hacerse la comprobación. Ubíquense en los panoramas exterior e interior de los que hemos visto tan sólo algunos aspectos sintomáticos. Añada el lector o lectora, el destinatario o destinataria ya no sólo potencial, los casos de su conocimiento. ¿No se acusa, si nos fijamos, el colonialismo? No deje de observarse el universalismo en falso ⁽⁹⁶⁾. En lo que respecta a la religión, tampoco pase inadvertido que la contraposición práctica no se da de modo sencillo entre confesionalidad y laicismo, pues puede que medie para el propio constitucionalismo una moral civil de raíces religiosas en ámbitos tantos islámicos como cristianos, por referirme tan sólo al par de religiones

⁽⁹⁵⁾ Está de hecho proponiéndose el registro constitucional de la identidad cristiana del legado europeo desde posiciones no necesariamente religiosas y hasta escrupulosamente liberales: J.H.H. WEILER, *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Milán 2003 (la inmediata versión española se enriquece con el diálogo entre el autor y un crítico, Francisco Rubio Llorente). Para un toque de comparación, T. ASAD, *Muslims and European Identity: Can Europe Represent Islam?*, en Pagden (ed.), *The Idea of Europe*, cit., pp. 209-227. Para contraste de backgrounds, J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe: 'Do the new clothes have an emperor?' and other essays on European integration*, Cambridge 1999; T. ASAD (ed.), *Anthropology and the Colonial Encounter*, Londres 1973. Frente al *background* de unas visiones estereotipadas de matriz europea con imágenes de occidentalismo constitutivamente secular y constitucional de una parte y orientalismo lastradamente religioso y tradicionalista de otra, aparte la confrontación siempre oportuna de SAID, *Orientalism*, cit., conviene verse análisis como el de P. VAN DER VEER, *Imperial Encounters: Religion and Modernity in India and Britain*, Princeton 2001.

⁽⁹⁶⁾ En la actualidad, más transparente que el universalismo europeo resulta el de los Estados Unidos con manifestaciones tan flagrantes como el de la *International Religious Freedom Act* de 1998 identificando una identidad cristiana de la libertad propia: T. ASAD, *Formations of the Secular: Christianity, Islam, Modernity*, Stanford 2003, pp. 146-147, en un capítulo clave dedicado a *Redeeming the 'Human' through Human Rights*, (pp. 127-158; en pp. 159-180, su contribución citada a A. PAGDEN (ed.), *The Idea of Europe*). En virtud de dicha ley, el Departamento de Estado de los Estados Unidos se erige en juez y parte, el uno universal y la otra cultural o incluso política: <http://www.state.gov/g/drl/rls/irf>, para sus informes sobre la libertad religiosa en el mundo; puede chequearse el último cuando escribo, el de 2003, presentando « the right to serve and honor God without fear of persecution » como *cornerstone* de la actual política internacional estadounidense, pero sobre unas bases, obsérvese, sentadas en momentos mucho menos aparatosos en su signo religioso.

mencionadas (97). No parece sin embargo que por ello se justifique el registro del cristianismo para el caso particular de Europa.

Con ello y con todo, a la hora de la verdad y entre todas las diferencias imaginables e imaginadas, no puede realmente decirse que se produzca una falta seria de sintonía o ni siquiera que existan disonancias de fondo entre el proyecto de Tratado-Constitución y la Carta de Derechos que incorpora, pero aún con todo y por fortuna, entre el momento de las instituciones y el de las libertades por este orden invertido de entrada en el propio texto sustantivo, no hay un cierre en banda ni paso atrás en redondo. Hasta el tercer o primer nivel, el regional que se diga, sigue presente por supuesto. Si nos tomásemos el principio de subsidiariedad en serio, habría el mismo definitivamente de ser el primero. El requisito para que no se produzcan bloqueos irreversibles entre cortocircuitos transitorios es que se tenga conciencia y no se llame a engaño. La historiografía sufrida, no digo ya el constitucionalismo iluso, tiene en esto su cuota bien alta de responsabilidad. ¿Hay necesidad de que se especifique toda la que le corresponde a la historia del derecho?

Con el orden de unas contribuciones al Tratado-Constitución, la sistemática del texto resulta más que sintomática. Historia mediante, el preámbulo primero preconstituye a Europa como Unión de Estados. La primera parte presenta su materialización interestatal en instituciones intergubernamentales, interparlamentarias e interjudiciales bajo el principio de subsidiariedad entre Estados y Unión. Sólo en una segunda parte se da entrada a unos derechos que se dicen fundamentales. Aunque el derecho a la cultura se reconociese como tal, no podría ser constituyente en tal contexto. No puede entonces constituir libertad fundacional ni éste ni ningún otro derecho aunque se predique como fundamental e incluso, Consejo de Europa mediante, como humano. Ni a efectos

(97) Cabría a mi entender un fructífero diálogo entre T. ASAD, *Formations of the Secular*, y J.H.H. WEILER, *Un'Europa cristiana*, cit., pues comparten una especial sensibilidad, teorizada particularmente por el antropólogo (Taal Asad quiero decir; entre juristas la antropología suele ser intuitiva cuando no inconsciente), de cara a tal mediación, como requisito de libertad, de una moral más que individual, moral además ni exclusivamente religiosa ni excluyentemente laica y con lo suficiente de lo primero, por consistencia propia, como para guardar significativas vinculaciones, no sólo transitorias, con la religión respectiva, la islámica o la cristiana.

orgánicos podría integrar un principio de articulación constitucional entre todos los niveles, no sólo desde luego, pues no agotan culturas, entre Estados.

Aunque sea cosa que se dé por descontada desde la perspectiva de las historiografías imperantes, las profesionales y las populares entre constitucionalistas y no constitucionalistas, las cuales comienzan todavía por preconstituir al Estado como Nación⁽⁹⁸⁾, conviene subrayar que todo ello queda también de entrada fuera de juego para un constitucionalismo tan en ciernes como el europeo, el cual así indudablemente sintoniza con los constitucionalismos establecidos, los de Estado por supuesto. Los preámbulos pueden ser al fin poco más que un adorno, pero nada gratuito desde luego.

5.2. *Principio histórico: la autorización de derechos tanto ajenos como propios.*

Hagamos memoria, pues es nuestro oficio. Hace algo menos de dos siglos y medio, apenas atravesado el ecuador del siglo XVIII de una era por entonces europea y euroamericana, ya existía alguna exposición de todo un sistema jurídico de planteamiento constitucional por cuanto que reconocía y garantizaba derechos de libertad individual, pero vinculándose todavía fuertemente a un medio cultural en particular. Ya venía también insinuándose desde hacía algunas décadas por la misma Europa y por Euroamérica, con pretensiones en cambio de universalidad y consiguiente sentido colonial, una idea de civilización humana en libertad, no sujeta en

(98) Como botón de muestra única por mérito propio en obra magna: M. ARTOLA, *El Estado*, en el vol. II, *Instituciones Políticas. Imperio*, pp. 93-163, de la citada *Enciclopedia de Historia de España*. Por seguir añadiendo a mi autolocalización algún dato que pudiera resultar de interés a la relativización de cuanto digo por quien me lea, vaya otra confesión de lo más personal. Si me vengo caracterizando por la impugnación del protagonismo histórico de la institución del Estado e incluso por la negación de su existencia misma en tiempos preconstitucionales, esto en principio, allá por mediados de los setenta del siglo pasado, se debió más bien a un anarquismo ingenuo travestido de comunismo a la contra en un medio social de postrimerías fascistas travistiéndose a su vez de constitucionalismo primario a toda prisa, todo lo cual entiendo ahora que resulta por supuesto independiente del valor que pudiera guardar la historización susodicha del Estado. Pero esto último es precisamente la lectura y no el autor quien ha de chequearlo. Perdón entonces por excederme.

concreto a religión. Podía producirse algún momento de interferencia por supuesto entre un movimiento y el otro, el constitucional y el que suele conocerse por ilustrado ⁽⁹⁹⁾, pero lo que ahora interesa resaltar es que surgieron de forma independiente. El constitucionalismo en sus términos propiamente jurídicos apareció como más comprometido con una cultura particular que con alguna globalización colonial. Me estoy refiriendo por supuesto al derecho inglés de la segunda mitad del XVIII y más en concreto a su presentación cumplida en clave constitucional por parte de los *Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra* de William Blackstone, la primera obra que, pese a la modestia de su título, ofreciera la exposición virtualmente completa de un ordenamiento, si no todo él de tal género, al menos, con carácter operativo, de tales principios, los constitucionales de derechos de libertad. El medio cultural del caso era de lengua inglesa ⁽¹⁰⁰⁾.

Ahí ya se tenía un sistema con base de partida en los *absolute rights of individuals*, derechos de libertad del individuo, mas no de cualquiera, sino de uno bien cualificado, el *gentleman*, el caballero de la sociedad inglesa en su propio medio con sus atributos de sexo, propiedad, nación y cultura. Para la entrada en juego de unas bases constitucionales es fundamental entonces la delimitación territorial y social de un tal derecho inglés. Era propio de Inglaterra con aditivos como el de Gales, pero no tanto de Escocia ni de la Irlanda gaélica ni de las Islas del Canal, como tampoco de América. En puridad de derecho, aunque otras fueran no sólo las pretensiones, sino también las evidencias, aquel orden no se consideraba exportable en su integridad ni siquiera por ingleses fuera de Inglaterra,

⁽⁹⁹⁾ U. BITTERLI, *Die 'Wilden' und die 'Zivilisierten'. Grundzüge einer Geistes- und Kulturgeschichte der europäisch-überseeischen Begegnung*, Munich 1976 (hay traducciones); M. C. HOROWITZ (ed.), *Race, Gender, and Rank: Early Modern Ideas of Humanity*, Rochester 1991; B. ARNEIL, *John Locke and America: The Defence of English Colonialism*, Oxford 1996; F. J. HINKELAMMERT, *La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke*, en la revista « Pasos », 85, 199, pp. 20-35, con referencia tanto a esclavitud como a pueblos indígenas (en la red: <http://www.filosofia.cu/eventos/Pasos85.htm>; versión inglesa en el dossier citado de *Worlds and Knowledges Otherwise*).

⁽¹⁰⁰⁾ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769; manejo reprint Chicago 1979.

cuanto menos hasta América o hasta Asia. Socialmente, era completa la exclusión no sólo de la mujer, «*feme-covert*» en el *law-French* del derecho inglés, sino también del trabajador no propietario o por cuenta ajena, *hired labourers*. La discriminación social degradaba y subordinaba, pero la territorial no tenía en principio por qué hacerlo. Tan sólo se establece que un determinado ordenamiento de libertad es propio y que otros colectivos humanos pueden tenerlo distinto. Esto parece admitirse incluso respecto a la humanidad indígena de América, pero no tanto en cambio a la irlandesa más cercana, la cual se presenta como situada *in a state of dependence*, en un estado de subordinación ⁽¹⁰¹⁾.

El mapa no era nítido en Europa y se enturbia en mayor medida mediante aparentes clarificaciones con la extensión que de hecho no deja de producirse a América. En primer lugar, quienes son de cultura inglesa en unas colonias ultramarinas reivindican su parte en un mismo derecho de libertad poniendo seriamente en cuestión su demarcación europea. En segundo lugar, estos mismos agentes rechazan la insinuación de que la humanidad indígena pudiera contar con ordenamientos propios de entidad equivalente ni comparable a los derechos de matriz europea. A la hora de la verdad del derecho efectivo, los *absolute rights of individuals* resultan derechos del *white man*, del *hombre blanco* cualificando tanto el sustantivo como el adjetivo ⁽¹⁰²⁾. ¿No se situaba el *irlandés* en un estado de dependencia para el derecho inglés? Pues, valga como síntoma una de tantas asociaciones peyorativas a doble banda, lo mismo cabía para el *indio*, para la humanidad de América ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰¹⁾ W. BLACKSTONE, *Commentaries*' introducción, sección I, « On the Study of the Law », sección IV, « Of the Countries subject to the Laws of England »; libro I, capítulo I, « Of the absolute Rights of Individuals »; cap. XIV, « Of Master and Servant »; cap. XV, « Of Husband and Wife ».

⁽¹⁰²⁾ St G. TUCKER, *Blackstone's Commentaries with Notes of Reference to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States and of the Commonwealth of Virginia*, 1803, Note 'Of the Constitution of Virginia', para toda dicha franqueza no reñida con que abrigase dudas sobre la institución de la esclavitud: H. J. POWELL, *A Community Built on Words: The Constitution in History and Politics*, Chicago 2002, pp. 100-110. Manejo edición en pantalla: <http://www.constitution.org/th/th-0000.htm>.

⁽¹⁰³⁾ J. MULDOON, *The Indian as Irishman*, en su colectánea *Canon Law, the Expansion of Europe, and World Order*, Aldershot 1998, reprint XII (añádase del mismo J. MULDOON, *Identity on the Medieval Irish Frontier: Degenerate Englishmen, Wild*

Podrá tener sus costumbres e incluso sus territorios, pero nunca unos derechos de determinación propia. Una manifestación normativa de la ilustración globalizadora con toda su entidad colonial, como fuera el moderno derecho de gentes o ley de naciones, presta un buen apoyo al considerar de derecho natural, por imperativo de dominio humano de la naturaleza, la precarización del derecho indígena ante la presencia europea. La posición jurídica de la parte colonialista se definía en el terreno político de la constitución de Estados en defensa propia, mientras que la correspondiente a la parte colonizada sólo se consideraba a los efectos del control del territorio y acceso a los recursos que encima se le cuestionaba ⁽¹⁰⁴⁾.

La confluencia entre constitucionalismo de cultura particular e ilustración de presunción universal va a ser de orden muy superior por la elevación de argumentos en el conflicto entre colonias y metrópolis, entre ingleses americanos e ingleses europeos. Un constitucionalismo ya más articulado mediante normas escritas nace en la franja atlántica de Norteamérica con la independencia política de unas colonias europeas combinando legitimidades y motivaciones de derecho tanto de cultura particular, la inglesa, como de presunción universal, de derechos del hombre sin más, los así dichos *rights of man*. Por lo que ahora nos importa, lo segundo no repercute sobre lo primero poniendo en cuestión las restricciones

Irishmen, Middle Nations, Gainesville 2003). Parece que estuvo más generalizada, incluso entre colonos ingleses, la asimilación de intención igualmente degradatoria entre *indio* y *moro* o musulmán: BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History*, cit., pp. 68-70. Respecto al caso irlandés, presenta en común con el americano que el título de sometimiento procede históricamente en ambos, el uno para la monarquía británica como el otro para la hispana, de sendas bulas pontificias, bien que, tras la reforma anglicana en el caso inglés, es detalle que se pierde viniéndose a entronizar el sucedáneo, como puede verse en el propio Blackstone, del *right of conquest* o derecho de conquista extensible por igual, entre dudas, a América: J. MULDOON, *Spiritual Conquest Compared: 'Laudabiliter' and the Conquest of the Americas*, en *Canon Law, the Expansion of Europe*, reprint X.

⁽¹⁰⁴⁾ E. de VATEL, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758, *Préliminaires*: « Idée et Principes généraux du Droit des Gens: 1. Ce que c'est qu' une Nation, ou un Etat »; libro I, capítulo VII, parágrafo 81: « Obligation naturelle de cultiver la terre »; cap. 19, par. 208: « S'il est permis d'occuper une partie d'un pays, dans lequel il ne se trouve que des peuples errants et en petit nombre », con esta presunción tan inconsistente como operativa específicamente respecto a América. Manejo reprint Washington 1916.

sociales y culturales de unos derechos de libertad, sino muy al contrario, ratificándolas y reforzándolas. La universalización no comporta participación de posición constitucional a mujer o a trabajador, como tampoco reconocimiento de derecho a humanidad indígena. La intención y el efecto son exactamente los opuestos. El constitucionalismo americano podía en especial arrancar con un empeño colonial que no caracterizaba en cambio o al menos en igual medida a un primer constitucionalismo europeo. Dicho de otro modo, no sólo finalmente para América, el universalismo aparente de los derechos, lo mismo que el derecho de gentes, era un desarrollo más bien del colonialismo englobante y no tanto del constitucionalismo específico ⁽¹⁰⁵⁾.

Bien se celebra un arranque normativo de los *rights of man* por Virginia en 1776. Ahí, el mismo texto primero constitucional con un principio universal de libertad se permitía, sin acusar contradicción, alusiones derogatorias a la presencia indígena y también referencias apreciativas de la institución de la esclavitud ⁽¹⁰⁶⁾. ¿Cuál

⁽¹⁰⁵⁾ Compárense, sin ir más lejos, BLACKSTONE, *Commentaries*, y VATTEL, *Droit des Gens* o, precisamente, *Principes de la Loi Naturelle*. Para la confluencia entre las motivaciones de derecho inglesas y universales, aun sin la dimensión colonial que aquí importa, J.Ph. REID, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago 1988, y ID., *Constitutional History of the American Revolution*, Madison 1986-1993, particularmente el volumen primero, *The Authority of Rights*, 1986. Si se precisa comprobación ulterior del efecto de cierre en banda por eludirse el cuestionamiento del sujeto de libertad entre derecho inglés y constitucionalismo globalizador, Christopher L. TOMLINS, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge 1993; W. STEINMETZ (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany, and the United States*, Oxford 2000.

⁽¹⁰⁶⁾ F.N. THORPE (ed.), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies now or heretofore forming the United States of America*, Washington 1909 (reprint 1993), vol. VII, 3812-3819, sección primera de la Declaración de Derechos («All men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity, namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety»), figurando las referencias derogatorias a humanidad americana y africana en el preámbulo de la parte orgánica o Constitución más propiamente dicha. Manejo reprint Buffalo 1993. Para la sociedad que produjo este primer constitucionalismo americano, el virginiano, W. HOLTON,

era entonces la función del universalismo? Podía ser doble como cobertura que legitima y como presunción que apodera. Por una parte, se reforzaba en el escenario americano la posición de los sujetos dados de derechos establecidos frente a unos titulares más genuinos como los ingleses europeos. Por otra parte, dada la misma base de derecho inglés, la abstracción de cultura particular en el momento preciso de la determinación constitucional contribuye también al reforzamiento del sujeto dado de derecho, el varón propietario de cultura europea en suma, en el seno de su propia sociedad y frente a una humanidad competitiva que se encuentra en tierra propia, la indígena de América. El universalismo puede tanto invisibilizar como magnificar. Discriminaciones, exclusiones, desposesiones y subyugaciones son ahora bastante menos francas o resultantemente más opacas. Limpiamente pueden pasar de elemento contingente de cultura particular a imperativo categórico de alcance universal ⁽¹⁰⁷⁾.

He ahí el colonialismo constitucional o el constitucionalismo colonial, como se prefiera. Por lo que comienza interesando a América, no cambia el planteamiento de dispensación de derechos por una parte, la europea, respecto a sí misma y a otras, como la indígena. Podría en consecuencia decirse que la *política indiana* o *derecho indiano* pasa a constitucionalizarse. Lo hace realmente respecto a toda América, no sólo Latina, sino también Anglo ⁽¹⁰⁸⁾.

Forced Founders: Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia, Chapel Hill 1999.

⁽¹⁰⁷⁾ Más por extenso, CLAVERO, *Freedom's Law and Oeconomical Status*, cit., pp. 87-111 en particular.

⁽¹⁰⁸⁾ Para comprobación de lo más elocuente, R.A. WILLIAMS JR., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford 1990. Ya resulta por sí significativo el alcance documental de la colección constitucional de impulso oficial de F.N. THORPE (ed.), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies now or heretofore forming the United States of America*, cit., con algo más incluso de lo que anuncia el propio título como tracto colonial del propio constitucionalismo, pues se eleva al registro y reproducción de los poderes regios españoles y pontificios romanos de 1492-1493. Para introducción al ámbito latino, B. CLAVERO, *Culture versus Rights: Indian Law and Derecho Indiano*, en J. KIRSHNER y L. MAYALI (eds.), *Privileges and Rights of Citizenship: Law and the Juridical Construction of Civil Society*, Berkeley 2002, pp. 277-297. Para colección más estricta de textos de derecho *indiano* constitucional, B. CLAVERO y R.

A propósito de la constitucionalización más patente de la esclavitud, ha podido decirse que se produce una *inversión*, un constitucionalismo a la inversa por cuanto que viene a garantizar, no libertad por dar, sino propiedad dada, la esclavista inclusive ⁽¹⁰⁹⁾. Guardo mis dudas sobre si el fenómeno más general de la simbiosis entre colonialismo y constitucionalismo sea sólo una inversión o algo finalmente más constitutivo de un sistema que viene a abstraerse por completo de cultura humana o, mejor, culturas humanas.

Tamaña universalización en falso es la recibida en Europa como paradigma del constitucionalismo a partir de la revolución francesa. Conocido el caso pionero virginiano, no nos va a extrañar entonces que la declaración de derechos de 1789 no traiga por sí misma, estrictamente por sí, emancipación de nuevas para nadie ni respecto a nada, ni para la mujer o el trabajador no propietario ni respecto a la esclavitud o al colonialismo ⁽¹¹⁰⁾. Queda el lenguaje universal encerrando servidumbre humana, legitimándola y encubriéndola. Y no hablo ahora de una circunstancia menos significativa como la de que viniera de entrada la declaración de derechos incluso a res-paldar jerarquía feudal ⁽¹¹¹⁾. El envoltorio universalista hace vacío para mucho relleno. Toda una mitología historiográfica estorba,

YRIGOYEN (eds.), *Pronunciamientos Indígenas de las Constituciones Americanas*, en edición electrónica: <http://alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>.

⁽¹⁰⁹⁾ R. J. KACZOROWSKI, *The Inverted Constitution: Enforcing Constitutional Rights in the Nineteenth Century*, en S. F. VANBURKLEO, K. L. HALL y el mismo R.J. KACZOROWSKI (eds.), *Constitutionalism and American Culture: Writing the New Constitutional History*, Lawrence 2002, pp. 29-63. El asunto colonial interno no se afronta en cambio, aunque pueda señalarse y hasta tocarse, por esta *New Constitutional History*, como tampoco es que lo haya sido por la vieja.

⁽¹¹⁰⁾ M. GARAUD, *Histoire Générale du Droit Privé Français, de 1789 à 1804*, París 1953-1978 (el último volumen, *La Révolution française et la famille*, preparado y completado por R. SZRAMKIEWICZ), por cuanto interesa al sujeto constitucional en mayor medida que la historia convencionalmente tal; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari 1999-2001, vol. II, *L'età delle rivoluzioni*, 2000, pp. 68-88, como abordaje que también trasciende la habitual historia constitucional, la historiografía quiero decir.

⁽¹¹¹⁾ B. CLAVERO, *Les Domaines de la Propriété, 1789-1814: Propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario*, en estos «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 27, 1998, pp. 269-378, para el extremo feudal y para el efecto general.

cuando no impide, la visión de una ancha trayectoria histórica. La figuración actual de la historia constitucional puede resultar tan opaca como el constitucionalismo mismo en sus diversas modalidades y fases. Se trata de una misma opacidad. Para traspasarla, hace desde luego falta la colación y contraste de conocimiento local no limitado a congéneres que compartan puntos ciegos. Para despejarlos, lo que se precisa es la comparación sin fronteras ⁽¹¹²⁾. En lo que interesa a la historia del derecho, quiero decir a la historiografía, más que la constitucional, puede ayudar la del orden internacional, la de investigación de hecho más anacrónica y descuidada entre todas las materias de este campo histórico-jurídico ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹²⁾ Advirtamos particularmente los estragos de la historiografía limitadamente comparada del derecho con las usuales bases de especialización a medias y segunda mano en la comparación. Hay ejemplo bien reciente. Pasando de fronteras exteriores (*Boundaries*, citado) a interiores, P. SAHLINS, *Unnaturally French: Foreign Citizens in the Old Regime and After*, Ithaca 2004, construye, de una parte, el *droit d'aubaine* que producía incapacidades civiles a no-franceses en Francia como clave para la determinación en negativo de la ciudadanía francesa *avant la lettre*; de otra, da por buena, sin escrutinio alguno, la construcción de T. HERZOG, *Defining Nations: Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*, New Haven 2003, que para su caso radica la naturaleza política en la vecindad local; de la reducción redoblada en direcciones contrarias, resulta el contraste explícito entre monarquía francesa estatalizando ya ciudadanía y la española no haciéndolo todavía, especies recurrentes de modelo y contramodelo de *state(nation)-building*, con definitiva despreocupación por la dimensión colonial de todo ello, de ficciones historiográficas como de realidades igualmente actuales (P. SAHLINS, *Unnaturally French*, pp. 43-44, 70-71, 182-184 y 259-261).

⁽¹¹³⁾ Frente a la todavía habitual visión retrospectiva de la evolución del derecho internacional de un fondo apologético que genera entre otros efectos la invisibilidad práctica de la vertiente colonial en su historia tanto como en su presente, véase ahora, bien que con una atención bastante limitada a la parte colonizada, E. KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge 2002 (título intencionadamente contrapuesto al de H. BULL, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Londres 1977; edición viva, 2002); también, B. CLAVERO, *Positive Morality: la incógnita decimonónica del derecho internacional*, en estos «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28, 1999, pp. 1127-1140 (a propósito a mi vez de S. MANNONI, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo, 1870-1914*, Milán 1999). Sobre la invidencia histórica y presente del derecho internacional añádanse R. NIEZEN, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, Berkeley 2003, y P.

El lenguaje universal tiene efectos normativos en los órdenes constitucional e internacional con su efectiva expansión y globalización, pero no por ello con participación y ecuación. Resulta el mecanismo mediante el cual tanto se legitiman como se imponen discriminaciones, exclusiones y subyugaciones. Es un expediente, a lo que ahora importa, colonial. No es determinación normativa, sino presunción cultural lo que rige en último término o más bien primero ⁽¹¹⁴⁾. Es la cultura dominante y no la norma vigente la que define sujetos, la que autoriza y adjudica tanto derechos de libertad como estados de subordinación. Para abordarse la historia constitucional, conviene comenzar entonces por la lengua como expresión de cultura, o mejor por las lenguas como testimonio de culturas ⁽¹¹⁵⁾. En lo que nos toca, habría así de comenzarse con la liberación de la historiografía respecto a las servidumbres de la historia, lo cual no implicaría contrafactualismo, sino precisamente factualidad. ¿O es históricamente más factual decir *derechos del hombre* que *derechos del hombre blanco*, derechos de libertad por ambas cualificaciones, por la cultural y por la sexual? No tenemos que inventar, pues era la visión clara de otras partes, de las que no suelen tomarse en consideración por la historia constitucional ⁽¹¹⁶⁾.

KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge 2003.

⁽¹¹⁴⁾ En esta dirección, tras *an examination of legal histories*, van precisamente unas conclusiones de M.A. HASIAN, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts*, ya citado, p. 235: «The exclusive study of treaties or other legal histories [e.g., Constitutions] obscure the complexities of legal cultures in colonial and postcolonial contexts in which historically situated actors have to deal with a host of material and symbolic markers that define the boundaries of our rule of law» (corchetes míos); p. 238: «From a historical vantage point, postcolonial scholars are right when they argue that the *legal* problematics of colonialism *did not end* with the advent of nationalist or indigenous regimes in the wake of decolonization» (énfasis míos, pensando por supuesto en nuestras *legal histories*, *Rechtsgeschichten*, *storie del diritto*...).

⁽¹¹⁵⁾ Puedo remitir al apartado bibliográfico sobre textualismo de CLAVERO, *Freedom's Law and Oeconomical Status*, cit., pp. 122-123.

⁽¹¹⁶⁾ Está hoy otra parte más a la vista sobre todo en lo que respecta al género o construcción cultural del sexo desde particularmente, a los efectos historiográficos de interés constitucional, C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Stanford 1988 (hay traducciones), generando sensibilidad para otros supuestos. No es de extrañar que se pase a considerar la conexión entre factores: R. IVEKOVIAE, *Dame Nation. Nation et différence des sexes*, Ravenna 2003. quede a la apreciación de la lectura el estado de visibilidad

Es asunto de traducción diacrónica entre culturas pretéritas que, circunstanciando y contextualizando, es decir localizando, interesa al entendimiento entre las presentes. La emancipación de la historia alcanzaría a la actualidad del derecho. Tratándose de constitucionalismo, la historiografía resulta ciencia de presente si consigue serlo del pasado, dado el alcance constituyente de una historia ⁽¹¹⁷⁾.

La historiografía, más incluso que la historia, es lo que ahora en particular nos importa, pues la manejamos y recreamos. Sobre el pasado ya se sabe que no podemos retroactuar. Ha sido lo que ha sido. Cabe tratar de investigarlo y conocerlo, siendo el problema neurálgico entonces el de la contaminación de una cosa por la otra, de la historiografía por la historia. No tanto por falta de imaginación respecto al pasado como por exceso de dependencia respecto al presente, la figuración de hoy se encuentra presa del acontecimiento de ayer, del acontecimiento en concreto que constituye todavía derecho. Así la historiografía ante todo depende del Estado y de la panoplia de sus presunciones, comenzando por las culturales, sin necesidad de estar sujeta. Huelga aquí la cita de la abundante historia constitucional que reproduce el paradigma colonial del propio constitucionalismo con la misma presunción de trascendencia cultural.

6. *The darkest side of European legacy: historia y constitución culturalmente aún coloniales.*

Chakrabarty se pregunta o más bien nos interroga: «Why should children all over the world today have to come to terms with a subject called *history* when we know that this compulsion is neither natural nor ancient?». Su respuesta es hasta cierto punto previsible. Hela: «Nation-states have the capacity to enforce their truth games, and universities, their critical distance notwithstan-

de la dimensión específicamente colonial, lo postcolonial inclusive, en la historia y en el derecho constitucionales, en la fabulación histórica que historiografía y constitucionalismo habitualmente comparten.

⁽¹¹⁷⁾ Fr. C. SCHAFFER, *Democracy in Translation: Understanding politics in an unfamiliar culture*, Ithaca 1998, de interés que trasciende al caso que estudia, el de la interactividad entre francés y wolof en Senegal.

ding, are part of the battery of institutions complicit in the process ». ¿No hay salida? ⁽¹¹⁸⁾. Para Europa puede que no haya ni entrada. No es posible en su caso ese nexo tan estrecho entre facturación y compulsión de historia. Ni parece que vaya a serlo dado el principio de subsidiariedad. Carece Europa de medios y competencias para tales menesteres. El propio espacio universitario europeo, ese cómplice con tales ínfulas de independencia crítica, está finalmente integrándose más por relaciones de universidades dadas, por redes entre ellas, que por desenvolvimiento de la institución fiesolana, del Instituto Universitario Europeo fundado en los años setenta. Tal vez hoy no se le crearía. Dado el principio de subsidiariedad de juego acreditado entre Estados miembros de una parte y Unión de otra, difícilmente evolucionarán las cosas en una dirección distinta. Por fortuna, Europa no podrá hacer en este terreno de la historia lo que a imagen y semejanza propia han hecho los Estados, así como tampoco lo que ahora éstos mismos, no ella, tal vez hagan para la figuración europea sin necesidad siquiera de ponerse a la obra. Financiación de investigación más desarrollo en ciencias sociales mediante, puede contarse con la disponibilidad servil de las historiografías domésticas.

Europa ahora confía en la complicidad de los Estados, de quienes cuentan con medios y competencias más que suficientes. El

⁽¹¹⁸⁾ D. CHAKRABARTY, *Provincializing Europe*, cit., p. 41, en capítulo primeramente publicado en 1992; *Postcoloniality and the Artifice of History*, pp. 27-46, con la lógica desesperanza que intenta conjurar en un *postscript* de 1999, p. 46: « The politics of despair I once proposed with some passion do not any longer drive the larger argument presented here », en *Provincializing Europe*. Para la pregunta en su propio medio, añádase en particular un par de capítulos: *Nation and Imagination*, en su *Provincializing Europe*, cit., pp. 149-179, y *Whose Imagined Community?*, en su *The Nation and its Fragments*, cit., pp. 3-13. Pues Chakrabarty incide sobre formas no tan sólo imaginadas ni en su totalidad artificiosas ni necesariamente falsarias de la figuración historiográfica, entre concurre y disiente, pero más esto segundo, con B. ANDERSON, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (1983), Londres 1991, edición ampliada (y recordemos algo ya dicho: falsación no tiene por qué ser descalificación). Por lo que llevamos visto, podrá entenderse que todavía se distancie más de E. J. HOBSBAWM, *Nation and Nationalism since 1780: Programme, Myth, Reality* (1990), Londres 1992, edición ampliada. De ambos referentes hay traducciones. La reedición del segundo se muestra especialmente embargada por los acontecimientos europeos de emergencias nacionales tras 1989, como si el universo humano no acabara nunca de centrarse en Europa.

preámbulo del Tratado-Constitución resulta sumamente expresivo al propósito. Se trata de la elevación de la historiografía de sujetos tenidos por 'nacionales', los Estados, con el intento de cancelación de pueblos sin ellos tal y como si éstos tan sólo constituyeran un nivel 'regional y local', tercero en vez de primero. Ya han producido con creces los mismos Estados la base para la operación. El orgullo civilizatorio de las historias particulares, desde Portugal y España hasta Finlandia y Suecia, desde Irlanda y Gran Bretaña hasta Italia y Grecia, con Francia y Alemania siempre de por medio, ha de elevarse ahora a patrimonio común para satisfacción europea ⁽¹¹⁹⁾. Compartiendo esta visión, creyéndose prepotentemente encarnar valores universales, los Estados europeos ya se han descolocado lo suficiente como para tener desubicada a Europa exactamente en la forma que pretenden los preámbulos del Tratado-Constitución ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Para la imagen propia no académica de Finlandia con orgullo civilizatorio que a veces se expresa por la apropiación idealizada de la figura ajena, no menos importante, como nos consta, que la imagen elaborada por la historiografía profesional, véase el síntoma de un género popular, el *northern* cinematográfico: H. SALMI, *The Indian of the North: Western Traditions and Finnish Indians*, en P. C. ROLLINS y J. E. O'CONNOR (eds.), *Hollywood's Indian: The Portrait of the Native American in Film*, Lexington 1998, pp. 39-57. El escrutinio de otras referencias supongo que resulta más accesible al lector o a la lectora, como al autor. Entre una historiografía y un constitucionalismo, una filosofía y una ciencia políticas, de matriz cultural recalcitrantemente europea, sigue sin producir bochorno propio la reiteración común de autoridades coloniales e incluso racistas como las de la Ilustración, llámense Locke o Montesquieu: R.A. WILLIAMS Jr., *Documents of Barbarism: The Contemporary Legacy of European Racism and Colonialism in the Narrative Traditions of Federal Indian Law*, p. 251, en « Arizona Law Review », 31, 1989, pp. 237-278, para la vergüenza ajena.

⁽¹²⁰⁾ Para el caso de la historia española con América y también con el Islam de por medio como asunto interno, I. PEIRÓ, *Los guardianes de la historia. La historiografía académica de la Restauración*, Zaragoza 1995; C. P. BOYD, *Historia Patria. Política, historia e identidad nacional en España, 1875-1975*, Barcelona 2000; J. S. PÉREZ GARZÓN, E. MANZANO, R. LÓPEZ FACAL y A. RIVIÈRE, *La gestión de la memoria. La historia de España al servicio del poder*, Barcelona 2000; J.J. CARRERAS y C. FORCADELL (eds.), *Usos públicos de la Historia*, Madrid 2004. Para una exploración de Naciones por Latinoamérica como producto y no premisa de Estados tomándose en consideración el papel de la historiografía, A. ANNINO y F.X. GUERRA (eds.), *Inventando la nación. Iberoamérica, siglo XIX*, México 2003. En términos generales por ámbito hispano, E. PALTÍ, *La nación como problema. Los historiadores y la 'cuestión nacional'*, México 2003, puede ser muestra de un estado de la crítica en el que se evidencia, frente a mentalidad

Ya existe el paradigma que ahora se trata de imputar directamente a Europa, a la Europa de la Unión de cuya construcción se trata. Se cuenta ya con la imaginación. La historia sabemos que resulta constituyente de sujetos políticos no sólo ni principalmente por sí misma, sino también como historiografía, esto es como figuración. Ya se le tiene. La mentalidad ordinaria europea está sobrada de supremacismo cultural como para sintonizar con la historiografía asumida por los prólogos del Tratado-Constitución. ¿Qué importa la marcha de proyectos profesionales de *Historia de Europa*, de Europa como sujeto, cual *polity* más que política? El paradigma europeo presenta además la ventaja de ser percibido de sobra como tal, como propio de una cultura común a los Estados europeos, no sólo por parte de éstos, sino también desde una perspectiva exterior que lo ha recibido e incluso adoptado. Tal paradigma ya impera gracias precisamente al colonialismo. Europa le debe a la postre su actual imagen. Los *Subaltern Studies* no parece que hayan desbancado a la historiografía postcolonial en el sentido esto de tributaria de la figuración colonial ⁽¹²¹⁾.

y práctica historiográficas aún habituales, la inconsistencia histórica del sujeto estatal tenido ya de entrada por *nacional*, bien que esta crítica, lo mismo por lo demás que el manifiesto de Fiesole, resulta que arroja con el agua sucia del lavado de historiografía la criatura viva de otros agentes de historia, como los pueblos, los indígenas y los no indígenas, colonizados y colonizadores, Estados o no.

⁽¹²¹⁾ En cuanto a la historia académica *de Europa*, hay proyectos en marcha sin muestras de capacidad comprensiva mayor entre sujetos o *polities* que la característica, más para tiempos medievales y altomodernos, de una historia del derecho como la ya referida que viene identificándose como europea. A efectos de otras comprensiones, el proyecto más interesante resulta el de la colección en curso, que se edita simultáneamente en inglés, francés, alemán, español e italiano, dirigida por J. LE GOFF, *Faire l'Europe* o *La Construcción de Europa*, reservándose el director un volumen medieval cuyo título aparece sintomáticamente, tras más de un clásico sobre el presunto *Nacimiento de Europa* por aquellos socorridos tiempos, bajo interrogante prosopopéyico más bien retórico: J. LE GOFF, *L'Europe est-elle née au Moyen Age?*, París 2003. Como muestra de un contraste menos dubitativo sobre la inconsistencia de las historias nacionales, P. J. GEARY, *The Myth of Nations: The Medieval Origins of Europe*, Princeton 2002; de testimonio menos perplejo, el dossier preparado por G. ALBERTONI para el seminario del 2003 del Istituto Storico Italo-Germanico de Trento *Europa in costruzione. La forza delle identità, la ricerca di unità (secoli IX-XIII) / Europa im Aufbau. Die Kraft partikularer Identitäten, die Suche nach Einheit (9.-13. Jahrhundert)*: <http://www.storia.unive.it/~RM/didattica/strumenti/Albertoni.htm>.

Con todo, entre sociedad y academia, las europeas y las no europeas, la historia constituyente de la Unión Europea no tiene en realidad necesidad de medios ni competencias para la figuración por la historiografía, aunque el intento no esté faltando sin mostrarse especial atención al fenómeno del colonialismo, ni del externo ni del interno ni del fondo común, como verdadera clave. Comienza Europa por tener eclipsados, pues no de hecho cancelados, sus problemas constituyentes debidos a concurrencia de pueblos no reducida, por mucho que se intente, a concurso de Estados. Aun afrontando dificultades en su propio terreno, el paradigma impera incluso, como buen agente colonial, en solitario ⁽¹²²⁾.

¿Sólo cabe el paradigma europeo para la representación histórica, para toda ella? Fiesole lo niega, pero sin ofrecer alternativa o brindando de momento el Departamento de *Historia y Civilización* tan sólo un escenario de exploración ⁽¹²³⁾. Chakrabarty llega

⁽¹²²⁾ La literatura interesante a concurrencia constituyente no reducida a Estados por imperativo precisamente de democracia resulta todavía bastante ciega respecto a pueblos indígenas, a los estrictamente tales, los pacientes todavía de colonialismo, para los ámbitos concretos geográficos y jurídicos que aquí hemos visitado de Asia subcontinental, América Latina, Estados europeos, Unión Europea y Consejo de Europa: A.-G. GAGNON Y J. TULLY (eds.), *Multinational Democracies*, Cambridge 2001; de atenderse el caso indígena como verdadera clave, se posterga el espacio latinoamericano: D. IVISON, *Postcolonial Liberalism*, Cambridge 2002. Aunque pudiendo coincidir en cuanto a la problemática que se dice *regional* de Europa, no entiendo que sean asimilables al caso indígena otros que en cambio se contemplan como el vasco en España o el flamenco en Bélgica, igual que no lo son entre sí el de las Islas Aaland y el del pueblo saami. Frente a las prácticas usuales de derecho comparado, es siempre además precisa la atención a *local knowledge*, a coordinadas más específicas que la común a casos, o eso entiendo: B. CLAVERO, *Fueros Vascos. Historia en tiempos de Constitución*, Barcelona 1985.

⁽¹²³⁾ El Departamento de Historia y Civilización, bajo la dirección actual de Anthony Molho, no sólo ha puesto en la red el manifiesto reproducido y glosado, sino que también ha abierto una línea de investigación *Rethinking the History of Europe* extendiéndose al colonialismo, bien que bajo el epígrafe más neutro de *European expansion*, y alcanzando a la *European integration*, bien a su vez que sea éste un apartado más centrado en la economía que en el derecho o en la cultura. Como director del Departamento, A. Molho ha impulsado también la creación de una *Academy of European History* destinada al acercamiento de distancias entre investigación especializada e historiografía ciudadana dirigiéndose en particular a profesorado de enseñanza secundaria, periodistas y demás publicistas de historia actual. Por su parte, el Depar-

a admitirlo, bien que interponiendo un fuerte contrapunto postcolonial y relativizando además su posición al autolocalizarse personalmente entre unas determinadas matrices culturales de Europa y Asia, buena cautela de entrada que no se estila en cambio entre la historiografía europea. Gayatri Spivak hace lo propio, al tiempo que acentúa ahora el escepticismo sobre la sustitución del tópico de *Europe and the Others* por el de *Europe as an Other* y que ratifica de paso el desafío: «The willed (auto)biography of the West still masquerades as disinterested history». Según entiende, no hay contradicción sobre los retos y posibilidades del postcolonialismo, sino conciencia de lo que ha supuesto el colonialismo ⁽¹²⁴⁾.

Fiesole, el Instituto Universitario Europeo, la pareja de Departamentos de Derecho y de Historia, sus sendos manifiestos en internet, creo que resultan verdaderamente arquetípicos de una mirada europea, representativos del estado europeo de unas artes humanas. Recomendando que se releen ahora, a nuestros postres, dichos textos de presentación, no sólo el de *Historia y Civilización* con su vergüenza por

tamento de Derecho está diligentemente afrontando asesoría, análisis y debate del proceso constitucional europeo (Giuliano Amato, actualmente profesor a tiempo parcial del mismo, ha sido vicepresidente de la Convención). Para una introducción al día tras la Convención, J. ZILLER, *La Nouvelle Constitution Européenne*, París 2003, con traducciones sobre la marcha. También es actividad suya, del Departamento de Derecho, el diagnóstico sobre los *Darker Legacies of Law in Europe* ya citados, o *The Darker Side of a Pluralist Heritage* («Law and Critique», 14, 2003). El Instituto Universitario Europeo además cuenta con una *Academy of European Law*. Ha tenido el mismo incluso un papel en el proceso conducente al Tratado-Constitución: *A Basic Treaty for the European Union: A Study of the Reorganization of the Treaties*, Florencia 2000. Aparte información personal y comentarios en particular de Tony Molho y Bartolomé Yun, a quienes les consta mi agradecimiento, documentación sobre todo ello obra en internet, en la dirección citada del Instituto. Es exclusivamente mía desde luego la responsabilidad por juicios, hechos y por hacer, así no tan sumarios.

⁽¹²⁴⁾ SPIVAK, *A Critique of Postcolonial Reason*, cit., pp. 198, 208-209 (autolocalización) y 246, en el capítulo de historia ya citado. Spivak, como Chakrabarty, tampoco procede del núcleo fundacional del *Subaltern Studies Group*, contribuyendo a impulsarlo cuando transciende hacia el mundo académico anglosajón, pero se muestra todavía más crítica con los planteamientos originales representados por Ranajit Guha; evoluciona Spivak (p. X) «from colonial discourse studies to transnational cultural studies», del multiculturalismo antineocolonial al transculturalismo postcolonial, por donde no la sigo. No digo que no divise futuro, sino que no responde a presente. Mi empeño es ser llanamente realista, no vanguardista como tampoco retaguardista.

el apellido y su ristra de secuelas, sino también el de *Derecho* con su inconcreción sobre el globalismo y su panoplia de implicaciones, bloqueando ambos, sin intención por supuesto, pese a la sensibilidad que comparten para tantos otros extremos, el mero registro, la simple mención, la sencilla identificación de todo el reto cruzado hoy clave del derecho a la historia y de la historia al derecho: postcolonialismo y colonialismo respectivamente ⁽¹²⁵⁾. Una observación de Spivak podría alcanzar a la línea de flotación de unos manifiestos o de toda una obra historiográfica si ésta responde realmente a ellos, a los planteamientos por los que se aboga: « Some of the most radical criticism coming out of the West » resulta de « an interested desire to conserve the subject of the West or the West as subject ». Particularmente, « the theory of pluralized *subject-effects* » ofrece « a cover for this subject », léase Europa, « the history of Europe [...] narrativized by the law » entre otros elementos bien activos ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁵⁾ Ya advertí que limitarnos a manifiestos resultaría injusto para una imagen institucional que habría al menos de diversificarse entre la política del Derecho y la crítica de la Historia, entre los respectivos Departamentos en un medio patentemente descoordinado y de despliegue tan limitado incluso en el campo de unas ciencias sociales. La tendencia al monolingüismo operativo, con el inglés como *working language*, constituye un mero síntoma. Hay servicios lingüísticos, pero no Departamento de Lenguas, como tampoco de Antropología (en el diseño del Instituto Europeo no hay ciencia que trascienda conciencia de Europa; de hecho, al no doblarse al designio de su doble apellido, el Departamento de Historia y Civilización ha visto cuestionarse su existencia). En cuanto a lenguas, no pueden o no sabe ni siquiera controlarse las oficiales de la Unión y del mismo Instituto en trance del salto entre once y veintiuna. ZILLER, *La Nouvelle Constitution Européenne*, cit., hace el intento de comparar en exclusiva, con resultados poco halagüeños por lo demás, cuatro versiones del Tratado-Constitución: la francesa, la inglesa, la italiana y la alemana. ¿Cómo se controla al menos la propia comunicación normativa interna entre lenguas tan sólo de Estados, ya no digo del resto? Ingenuamente, Valéry Giscard d'Estaing, como presidente de la Convención, sugirió que supervisasen las correspondientes *Académies*, como si el modelo de la *française*, con su apoderamiento social sin base constitucional, fuera universal, más que un lapsus colonial donde los haya. Tampoco faltan en la citada presentación académica de la *Nouvelle Constitution Européenne*, con referencias figuradas (*découvert de l'Amérique, oeuf de Colomb,...*) en relación a España como si la *boutade* no tocara a toda una humanidad no europea, tal y como si ésta no existiera. No creo que expresiones tan desafortunadas resulten meras anécdotas de incorrección política. ¿No son precisamente signos reveladores del *darkest side of European legacy*?

⁽¹²⁶⁾ SPIVAK, *A Critique of Postcolonial Reason*, cit., p. 248, aunque, como ya dije, no se ocupe del derecho, ni siquiera de su vertiente narrativa contribuyente a la figuración de historia de sujetos solapados, como Europa.

Hagamos alguna vez el intento de mirar desde fuera de Europa, no sólo de la geográfica, sino también y sobre todo de la cultural con el tracto de un derecho que resulta prosecución de historia, esto es, con un postcolonialismo que entraña colonialismo ⁽¹²⁷⁾. ¿Qué dirían quienes no se sitúan en la matriz europea ni tampoco libremente, sin la libertad al alcance en cambio de Chakrabarty o Spivak, a caballo entre ella y algún otro nicho cultural? ¿Qué diríamos si hubiésemos padecido o aún padeciésemos colonialismo sin inter ni transculturalización voluntarias? Es una perspectiva indefinida en Fiesole y mantenida a raya de frente por Chakrabarty o la misma Spivak ⁽¹²⁸⁾. Aun teniéndosele ante la vista a efectos incluso metodológicos, es extremo sustantivamente descuidado por los *Subaltern Studies* y aledaños. ¿Cómo vamos a ser capaces de afrontar el reto las criaturas de matriz exclusivamente europea?

⁽¹²⁷⁾ Por acercarnos a otras latitudes que enseguida visitaremos de la mano de CHAKRABARTY, HASIAN, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts*, cit., pp. 181-201, capítulo sobre *Eddie Koiki Mabo, the End of 'Terra Nullius', and the Search for Australian Native Title*, en libro que precisamente destaca continuidades de fondo y además jurídicas, o culturales incidiendo en el derecho, entre colonialismo y postidem.

⁽¹²⁸⁾ La autolocalización es oportuna porque la experiencia puede que pese por encima de la ciencia e incluso de la conciencia. La mayoría no se encuentra con la libertad de ubicación entre culturas y ciudadanías, con pretensiones además de indiferencia entre ellas, del propio CHAKRABARTY, *Habitations of Modernity*, cit., p. 91, en el capítulo ya citado sobre *Governmental Roots of Modern Ethnicity*: « In 1989 [...] I received a (form) letter from the Australian primer minister encouraging me to become an Australian citizen. In that letter, the prime minister went to some trouble to spell out what it means to be an Australian. It is not the color of your skin, or your religion, or the language that you speak that makes you an Australian, he said. It is believing in freedom of speech, in freedom of association, in everyone having 'a fair go', etc [...]. A little reflection made it clear that the prime minister was speaking in a historical context that afforded him one rare luxury: he felt no pressure to spell out what made Australians different from other people [...] » o, podríamos añadir, daba así por supuesto que esa identidad es la cosmopolita de matriz europea. ¿No es el lujo que nos permitimos también por parte nuestra, lector o lectora? ¿No resulta significativo que no sea raro en un sector, como en la Australia oficial, y sí en otro, como en la Australia colonizada, quiero decir entre los pueblos indígenas no extinguidos de aquellas latitudes? « [W]ithin the academy, which remains my immediate audience, [o]ne always speaks within these visions », las susodichas de categorías nada localizadas, por el patriotismo constitucional de las libertades, aunque se localice, por historia, todo el resto (CHAKRABARTY, *Habitations of Modernity*, cit., p. 112, en el capítulo ya también citado sobre *The Subject of Law and the Subject of Narratives*).

¿Puedo contribuir por mi parte y desde mi posición de *homo academicus* y *white man* si hasta el *Derecho Indiano*, este síntoma supremo de colonialismo historiográfico, constituye un elemento de mi identidad universitaria como historiador del derecho en España? Localizado entre matrices todas ellas europeas, incluso las aparentemente americanas ⁽¹²⁹⁾, en esta decisiva encrucijada del postcolonialismo no puedo aportar ni compartir gran cosa, salvo si acaso conciencia. Al fin y al cabo parece que estamos situándonos hacia los límites extremos de la ciencia social académica ⁽¹³⁰⁾.

Si el toque de conciencia hace efectivamente falta, lo que es la lectura y no el autor quien debe apreciarlo, el problema existe y resulta grave. Estamos hechos y hechas a ver religión primero,

⁽¹²⁹⁾ Permítaseme agregar todavía algún que otro detalle de autolocalización mía que pueda importar a la autoubicación de la lectura. Soy varón blanco universitario europeo de medio social monolingüe. Mis conocimientos básicos sobre la América no europea no los he adquirido por estudios de carácter académico, como en la clase, la biblioteca o el archivo, sino mediante experiencias de campo (observación electoral y otra cooperación internacional en Guatemala y Perú, consultoría de UNICEF y participación en seminarios con autoridades indígenas organizados por una universidad atípica como La Cordillera en Bolivia o con jueces de la jurisdicción agraria que interesa neurálgicamente a derechos comunitarios sobre la tierra y otros recursos, participación en talleres del Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre derechos indígenas, trato con personas y organizaciones defensoras de derechos humanos en México y por dichas otras latitudes...). No es sólo opción de biografía, dada la oportunidad. En la medida en la que la Universidad y su orden de cultura, con bibliotecas, archivos, museos y otros depósitos, sigan siendo criaturas estatales o satélites atraídos por la irresistible gravedad del Estado, no se franquearán fácilmente por su parte, por la universitaria, vías de acceso. Completo localización personal diciendo que he optado sin éxito a una cátedra de historia y *civilización* en el Instituto Universitario Europeo (CLAVERO, *Freedom's Law and Oeconomical Status*, cit., pp. 124-135).

⁽¹³⁰⁾ BEVERLEY, *Subalternity and Representation*, cit., p. 40, concluyendo el capítulo citado *Writing in reverse: The Subaltern and the Limits of Academic Knowledge*, se pregunta cómo en estos tiempos postcoloniales la gente universitaria « can claim to represent the subaltern », y responde que tal misma pretensión está fuera de lugar: « *Subaltern Studies* registers rather how the knowledge we construct and impart as academics is structured by the absence, difficulty, or impossibility of representation of the subaltern. This is to recognize, however, the fundamental inadequacy of that knowledge and of the institutions that contain it ». Es la respuesta negativa que ya daba respecto a la historia SPIVAK, *Can the Subaltern Speak?*, cit., con conclusiones que se endurecen: « Elite *postcolonialism* seems to be as much a strategy of differentiating oneself from the racial underclass as it is to speak in its name » (*A Critique of Postcolonial Reason*, cit., p. 358).

civilización luego, constitucionalismo finalmente, derechos humanos incluso, donde hay colonialismo, un colonialismo que encuentra ahora cobertura hasta en expresiones y prácticas del humanismo que se entiende solidario ⁽¹³¹⁾. No siempre se advierte la continuidad y, cuando se hace, se apellida menos intrínsecamente como colonial y no suele además extenderse hasta el constitucionalismo en y por sí mismo ⁽¹³²⁾. La historia constitucional en particular, quiero decir la historiografía de tal cualificación, no tiene por lo usual sino ceguera para las evidencias clamorosas de la adopción resuelta de supremacismo cultural y dominación humana, desde unos orígenes y a lo largo de su desenvolvimiento, por parte del paradigma constitucionalista. Esta historiografía, la del constitucionalismo, guarda ciertamente fidelidad y sigue realmente a la altura de la propia historia tal, la constitucional, de una historia que ha sido y así continúa siendo de parte, de la parte de cultura supremacista y conducta dominante, sea cual fuere, buena o mala, mejor o peor, su conciencia. ¿Hace falta ilustración de lo que está a la

⁽¹³¹⁾ Para experiencia en carne propia por parte de quienes no consiguen tener voz en causa propia, ni siquiera, esto, E. TZAQUITZAL, P. IXCHÚ y R. TÍU, con la colaboración de Alcaldes comunitarios de Totonicapán, *Alcaldes comunales de Totonicapán*, Guatemala 1998, pp. 81-82: « En general las relaciones de los Alcaldes comunitarios [cargos indígenas] con esas organizaciones [las No Gubernamentales] es fluida. Sin embargo con algunas de ellas se han encontrado obstáculos para el funcionamiento de sus actividades, debe citarse por ejemplo el poco conocimiento que tienen dichas organizaciones de la estructura de autoridades de las comunidades y no es hasta cierto punto que logran entenderlo, algunas de ellas han querido tomar a las autoridades indígenas como empleados suyos y quisieran que se respeten todas las órdenes que ellos dan. Tampoco respetan los conocimientos acumulados por muchos años, e imponen métodos, ideas, o trabajos desconocidos por comunidad sin aceptar sugerencias o experiencias ».

⁽¹³²⁾ Muy expresivo ahora, como botón de muestra, J. M. HEADLEY, *The Universalizing Principle and Process: On the West's Intrinsic Commitment to a Global Context*, en « Journal of World History », 13, 2002, pp. 291-321, negando expresamente que el paradigma colonial generado por religión alcance a constitucionalismo de derechos; p. 318: « There remains one strand, ultimately political in its moral and legal dimensions, that gives unity to the picture presented here and, if often forgotten and poorly pressed, represents the most attractive feature of the Western universalizing principle; it is based upon the belief in an essentially rational Humanity, the extension of a rule by law in programs of human rights to all the peoples of the earth ». Es la perspectiva asumida por el *editor* que, por resistirse en cambio más de un contribuyente, provoca la apasionante tensión interna de PAGDEN (ed.), *The Idea of Europe*, cit.

vista con sólo abrirse los ojos y observarse? A tal punto resulta invisible en otro caso, el usual, que parece realmente tratarse del *darkest side of European legacy* todavía alcanzando al campo específico de la disciplina del derecho ⁽¹³³⁾.

No sólo Europa se encuentra entre cara vistosa y cara oculta además confundidas, entre pre y post mezclados, entre un constitucionalismo crecido e hiperactivo, pero estrábico e inmaduro, y un colonialismo atávico y desahuciado, pero vivito y gravoso. Esta encrucijada resulta todavía el paradero del constitucionalismo por entero, de todo él sin salvedad de modalidades entre las establecidas. Se encuentra el mismo tan íntimamente comprometido con el colonialismo que quizás, para que sea en el postcolonialismo donde definitivamente recaemos, lo que tendríamos que tener la resolución de emprender es el sendero inexplorado del postconstitucionalismo, de un constitucionalismo sin gravámenes solapados de cultura colonial en la concepción y el ejercicio, el reconocimiento y garantía de libertad. Por América precisamente es algo que ya se insinúa ⁽¹³⁴⁾.

No hay descubridores ni pioneros, descubridoras ni pioneras, naciones ni individuos. Para una encrucijada como la europea,

⁽¹³³⁾ Referencias y contrastes los tenemos. Recordemos en especial la carencia, para el caso del colonialismo (comparativamente, si la comparación procede, más grave incluso en términos de padecimiento y mortandad, sólo que fuera de Europa), de algún equivalente a la recapitación constitucional e indagación histórica que conducen a títulos a su vez bien oportunos como *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, cit.

⁽¹³⁴⁾ J. TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge 1995, brinda unas bases de partida. En clave histórica, R.A. WILLIAMS JR., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Oxford 1997; entre la historia y el derecho o, más bien, la iniquidad: V. DELORIA y D. E. WILKINS, *Tribes, Treaties, and Constitutional Tribulations*, Austin 1999; Ward CHURCHILL, *Perversions of Justice: Indigenous Peoples and Angloamerican Law*, San Francisco 2003. Por su parte, E. R. STATHAM, JR., *Colonial Constitutionalism: The Tyranny of United States' Offshore Territorial Policy and Relations*, Lanham 2002, excluyendo el caso continental indígena, devalúa radicalmente el alcance del propio título, *Colonial Constitutionalism*. Para la dificultad añadida de enmienda en un constitucionalismo también colonial por esclavista, con la pedagogía paciente que el caso requiere no sólo para estudiantes, D. BELL, *And We Are Not Saved: The Elusive Quest for Racial Justice. With a New Appendix for Classroom Discussion*, s.l. (Basic Books) 1989.

preconstitucional y postcolonial al tiempo, el reto es nuevo, se halla inédito y parece incluso impensable. No se cuenta con experiencias acreditadas de Estados; no hay historias constitucionales contrastadas que sirvan ⁽¹³⁵⁾. Al menos las de matriz cultural europea, ya sea por la misma Europa, ya por otros continentes, resultan transitivamente coloniales. El constitucionalismo puede ser todavía tránsito al colonialismo. El complejo colonialista que afecta al derecho no es un fenómeno ya acabado por medio de una descolonización política constituyente de Estados de fronteras coloniales y hasta mediante culturas tales, como tampoco mediante otros acomodamientos jurídicos o incluso constitucionales de las propias situaciones colonialmente generadas ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁵⁾ M. BURGESS, *Federalism and European Union*, p.258: « [T]he danger for Europeans is to assume in unthinking fashion that the evolution of the American national experience has any necessary implications for the contemporary construction and reconstruction of Europe », bien que procediendo por su parte a hacerlo — a medir a Europa con experiencias históricas como la de los Estados Unidos de América — « in thinking fashion », mostrando más condescendencia de cara al derecho propio, el europeo, que a la historia sólo relativamente ajena, la americana, y no diagnosticando handicaps comunes de fondo en el género de constitucionalismo que se comparte. Quede a la lectura la comprobación de hasta qué punto entre constitucionalistas impera, respecto a experiencias habidas, propias y ajenas, la « unthinking fashion ».

⁽¹³⁶⁾ Para el hilo más específico de continuidad de derecho en la historia, M.B. HOOKER, *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Law*, Oxford 1975; L. BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History*, citado, éste más vívido y de más amplio radio conforme a un planteamiento comparado más allá del derecho dado y, sobre todo, de las matrices y compartimentos culturales de los Estados: L. BENTON, *From the World System Perspective to Institutional World History: Culture and Economy in Global Theory*, en *Journal of World History*, 7, 1996, pp. 261-295. La autora constata el fondo común de la experiencia colonial europea (española, portuguesa, inglesa, francesa, holandesa...) entre el Atlántico y el Índico y ofrece un panorama donde el caso británico en la India aparece como desarrollo del hispano en América mostrando que el Estado postcolonial puede gestarse en tiempo colonial con contribución de la parte colonizada dentro del particular pluralismo jurídico que se potencia por el propio colonialismo entre sociedades ya de por sí pluralistas, comprendida la histórica europea. El panorama es incisivo (atención a su presentación de los ordenamientos bajomedievales y altomodernos que la especialidad de la historia jurídica suele entender territoriales como derecho en cambio, por cristiano, de carácter personal), pero advierto un par de serios problemas: en primer lugar, que por América los Estados se constituyen por parte precisamente colonial más que colonizada; en el segundo, que la parte colonizada no suele ser a su vez homogénea

Por doquier y desde luego por Europa, sólo por el grado como el constitucionalismo se identifica precisamente con el Estado cual sujeto, solamente por esto, puede que siga interiorizando y nutriendo, metabolizando y reproduciendo colonialismo. Como entidad constitucionalmente bisoña, Europa puede ahora ser más transparente que los Estados constituidos. En los preámbulos europeos y especialmente en el primero del Tratado-Constitución cabe que se contenga colonialismo más por este componente políticamente estatal entendido como culturalmente nacional que por el solo pregón de orgullo civilizatorio. El mismo constitucionalismo de Estado se presenta y postula como signo primordial de civilización humana pese lo que pese a pueblos que no se identifiquen con la cultura estatalizada en suerte ni estén dispuestos, pese al cabo lo que pese a los individuos.

Apuremos, lector o lectora, destinatario o destinataria, la lectura en común sobre Europa, América y algún continente más, allí donde alcanza el colonialismo de Estado, incluso del postcolonial: «The law-state combine has a history and it is the history of imperialism, of the arrogant invasion of the other. There may be particular contexts in which such invasion may, indeed, seem justifiable. In most cases, however, this invasion will produce intractable problems of ethics», unos problemas también jurídicos por cuanto que neurálgicamente interesan a derechos de libertad. Está Chakrabarty tratando de la privación de la viuda en la sociedad hindú, de una privación que llegara al extremo de la inmolación en la pira funeraria de cremación del cadáver del marido ⁽¹³⁷⁾. Pasa a

y que aún se diferencia internamente más por la colaboración sectorial con el colonialismo. Toda historia de sujeto complejo y toda historiografía comparada sacrifica pormenores, pero los hay que son claves.

⁽¹³⁷⁾ Respecto a la polémica histórica, puede verse la edición ulterior, con *Afterword*, de L. MANI, *Contentious Traditions: The Debate on Sati in Colonial India*, Berkeley 1998 (anterior en K. SANGARI Y S. VAID, eds., *Recasting Women: Essays in Indian Colonial History*, Delhi 1989, pp. 88-126), viendo discurso colonial en la indignación moral y, como mujer, sin condescendencia antropológica para con esta práctica del sacrificio de la *sati* porque cuestione una determinada forma de impugnación; añádase SPIVAK, *A Critique of Postcolonial Reason*, cit., pp. 285-306, pues, bengalí y mujer, no deja de polemizar. En unas *Reflections on Cruelty and Torture*, ubica ulteriormente la motivación colonial del cuestionamiento británico, eso en concreto, ASAD, *Formations of the Secular*, cit., pp. 100-124, más particularmente 109-113.

considerar intervenciones por medio de escritura con intención emancipatoria de la viuda ya como *subject of narratives*, sujeto de narraciones compasivas por su propia gente conforme a valores humanos de la cultura que comparten, ya como *subject of law*, sujeto de derecho por determinación del Estado sin concernimiento de tradición, apreciando Chakrabarty en mayor medida las posibilidades de la primera alternativa más compleja que de la segunda más expedita, y esto a pesar de venir a situarse él mismo personalmente, como ya puede constarnos, en el ámbito cultural del paradigma europeo, el que se tiene por ilustrado y constitucional, por liberador de mentes y emancipador de conductas humanas. Igual que ocurre por Indoamérica, se cuenta con experiencia sobrada para saberse que, en contextos culturalmente colonizados de unos tiempos políticamente, y no a todos los efectos, postcoloniales, lo segundo — el tratamiento constitucional como *subject of law* — no resulta del todo operativo, bien supuesto que el propósito sea realmente de promoción de libertad y no de generación de dependencia, lo que tampoco siempre parece claro ⁽¹³⁸⁾.

Sintonizo con la localización, pero no tengo por mi parte, para poder mediar, conocimiento específico alguno.

⁽¹³⁸⁾ CHAKRABARTY, *Habitations of Modernity*, cit., p. 114, concluyendo este capítulo sobre *The Subject of Law and the Subject of Narratives*. Interesa a la conciencia de la inoperatividad el giro observado por el propio Chakrabarty desde una historiografía política de sujetos estatales tenidos por nacionales hacia otra primordialmente concernida en cambio con el padecimiento humano como el causado por las limpiezas étnicas de la llamada partición entre hindúes y musulmanes en el caso de la India, Pakistán y Bangladesh (indico editoriales): VEENA DAS, *Critical Events: An Anthropological Perspective on Contemporary India*, Oxford University Press 1995; R. MENON y K. BAHNIN, *Borders and Boundaries: Women's in Indian Partition*, Rutgers University Press 1998; U. BUTALIA, *The Other Side of Silence: Voices from the Partition of India*, Duke University Press 2000; G. PANDEY, *Remembering Partition: Violence, Nationalism, and History in India*, Cambridge University Press 2001; M. HASAN (ed.), *Inventing Boundaries: Gender, Politics and the Partition of India*, Oxford University Press 2002. Para perspectiva de casos con reflexión que los trasciende, se tiene el monográfico de *Transeuropéennes*, 19/20, 2001, *Pays divisés, villes séparées* (traducción: G.G. DESCHAUMES y R. IVEKOVIC, eds., *Divided Countries, Separated Cities: The Modern Legacy of Partition*, Oxford 2003). Para el subcontinente asiático, en buena parte se trata de un momento elocuente del rendimiento referido de la historia oral a la historiografía postcolonial. Estamos finalmente tan lejos de los preámbulos europeos como del departamento fiesolano de *Historia y Civilización*, pero obsérvese que también nos

¿No caben más alternativas? ¿No resultan concebibles otras menos subalternas y así más dignas tanto para la mujer viuda como también para la propia gente, la no necesariamente o sólo superficialmente britanizada o latinizada ni tampoco de otra forma europeizada, alternativas que de ningún modo ni en grado alguno presuman la obligación onerosa de transculturalizarse y deslocalizarse, dígase también dislocarse? En todo caso, a los mismos efectos constitucionales y por toda la provocación experimentada de cara al futuro y no sólo a la historia, no deje de advertirse que es la libertad individual en general y la de sujetos vulnerables en particular lo que está comprometido e interesado por el reconocimiento eficiente de derechos de culturas sin el trámite colonial propio de los Estados incluso postcoloniales. Los retos están a la vista. Son comunes a la humanidad toda. Europa no está en condiciones de impartir lecciones. Sólo la satisfacción contagiosa del *hombre blanco* puede cegar las evidencias, sea esto dicho con todo género de sentidas disculpas por la imagen prosopopéyica de la cultura colonial como cosa del *white man*.

Un capítulo más cumplido de disculpas debiera cerrar o quizás haber abierto estas páginas, transidas como están de signos coloniales no siempre controlados. ¿O es que resulta acaso menos colonialista decirle América que las Indias al único continente terrestre que alcanza del Ártico al Antártico? ¿No hay alternativas para las lenguas de matriz europea? Cabe siempre la adopción de expresiones indígenas, como por ejemplo *Abya Yala*, 'Tierra Nutricia', la forma de nombrar el continente en lengua kuna cuyo uso

encontramos en alojamientos de universidades europeas y americanas con dependencias algunas asiáticas (añadamos que las colectáneas de Dipesh CHAKRABARTY están editadas por Princeton University Press y University of Chicago Press; se habrá advertido en cambio la práctica ausencia de universidades latinoamericanas en la nota de bibliografía sobre derechos indígenas en Latinoamérica, donde también ya indiqué con intención editoriales). Respecto a tal giro de la historiografía, para Europa y para América no conozco estudios equivalentes del padecimiento humano por causa de la construcción de Estados como Naciones, estrictamente por esto, no digo por el racismo, el militarismo u otros terrorismos, revolucionarios o religiosos que se prediquen. A la experiencia indoamericana del colonialismo europeo interiorizado y mantenido por Estados constitucionales puede desde luego introducir, si no se cuenta con capacidad ni posibilidades de comunicación menos mediada, la bibliografía de historia escrita ya registrada.

está ahora progresivamente extendiéndose como alternativa no contaminada a lo ancho y largo de América (con perdón), desde Alaska hasta la Patagonia pasando, en Centramérica, por la misma *Kuna Yala*. Búsquese por internet y se tendrá más de un indicio. Para quienes han sufrido privación hasta de voz, la vía electrónica está ahora demostrándose bastante más asequible, en lengua propia y en *working language*, que la impresa. He aquí una biblioteca más viva y plural, menos colonial en suma, que la tradicional ⁽¹³⁹⁾.

¿Concluyo entonces rogando a la lectura que, de estar persuadida, corrija mis páginas sustrayendo ese y otros signos coloniales? ¿Lo dejo confiado, entre tanto que queda pendiente, en sus manos? No se olviden las fechas, todas ellas de era cristiana. Escrútense los signos de la escritura y las lenguas mismas, el castellano y el inglés, instrumentos coloniales por lo común donde los haya, bien pertinentes e insidiosos todavía entre postcolonialismo y neocolonialismo, colonialismo al cabo. Repárese sobre todo en la localización cultural del autor, un servidor. No es desde luego la mejor, por no decir que resulta la menos autorizada, para abordarse este género de asuntos. Mas quizás no haría falta una revisión tan derogatoria, pues persuasión implica conciencia y de esto, de conciencia, en verdad se trata. Resultan entonces dimensiones derivadas la lengua y la escritura, como igualmente puedan serlo el derecho y la constitución.

⁽¹³⁹⁾ Pensaba trasponer aquí un arbolado de *Favoritos* cuidadosamente formado durante las navegaciones de estos últimos pocos años, pero, a la entrada del verano europeo, o del atlántico norte, de 2004, cuando estoy concluyendo la redacción de estas páginas, he sufrido un asalto en cadena de virus voraces y es entonces cuando reparo en que, al contrario de los *Archivos*, no guardaba copia. En todo caso, a estas alturas, hay buenos *Buscadores*. No es lo único ni lo principal que ha de quedar en tus manos, lector o lectora. Para interlocución con quien menos puede que interese: claverous.es.

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

33/34

(2004/2005)

L'Europa e gli 'Altri'
Il diritto coloniale fra Otto e Novecento

TOMO II



giuffrè editore milano

Figure dell'esperienza

BERNARD DURAND

LE JUGE 'COLONIAL' FRANÇAIS SOUS LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE

1. Maintenir le juge sous dépendance. — 2. Assurer la proximité de la justice.

Enfermer le juge colonial dans une présentation à la fois simple et complète relève de la gageure. En effet, parodiant un jour, lors d'une conférence, Molière et le dialogue entre Maître Jacques et Harpagon, je posais la question suivante: « C'est du juge de paix-cocher ou du juge de paix-cuisinier dont vous voulez que je vous parle? Celui qui, magistrat, est à la fois procureur, juge d'instruction et juge? Celui qui, en outre, est responsable de l'ordre public, préside la justice indigène et administre une circonscription? Celui qui, exerçant en Algérie sous le second Empire, tient aussi le tribunal musulman ou celui qui, sous la troisième république, applique à Fort Bayard au Kouang-Tchéou-Wan, les codes chinois, et pourtant, qui sont tous, avec bien d'autres, semblables et différents à la fois? ». C'est qu'en effet le juge colonial n'est pas un! Il ne l'est ni par le nom qui le désigne, ni par son statut, ni par ses compétences, ni par le droit qu'il applique! Et il y a peu de choses en commun entre les quelques magistrats siégeant dans les différentes cours d'appel et les juges de paix à compétence étendue, omniprésents dans tous les territoires et évidemment soumis à des défis très différents. C'est plutôt de ces derniers dont il sera question ici, même si tous, à des degrés divers, peuvent se reconnaître dans « le juge colonial », soumis à la règle de l'amovibilité, fortement dépendant des autorités administratives, confronté au terrain sur lequel il exerce et porté par l'histoire qui a été celle de la colonisation et des protectorats ⁽¹⁾.

(1) Voir *Le juge et l'Outre-mer, Les roches bleues de l'Empire colonial*, sous la

Les premiers établissements français d'Outre-mer avaient peine à instaurer une justice. Souvent quasiment oubliés de la métropole, les colons avaient d'autres préoccupations. Ils continuèrent, un temps, à reproduire les « quartiers » en vigueur à bord des navires qui les avaient conduits jusque là, sous l'autorité des capitaines, travaillant et se battant sous ses ordres. Leur vie aventureuse, peu porteuse de procès mais émaillée de conflits, laissait apparaître une pratique plus qu'une organisation judiciaire: les premiers Gouverneurs rendaient ainsi une justice, « patriarcale mais sommaire » (2). Les installations s'étouffant, l'Ancien Régime s'inspira naturellement des traditions judiciaires seigneuriales. Les différents seigneurs reçurent « haute, moyenne et basse justice » sur leurs tenures au gré de différents contrats, puis l'installation de compagnies de colonisation fit progressivement sentir le besoin d'établir un tribunal. Ces compagnies, « embryons de société, douées d'une plasticité remarquable, adaptables et s'attelant à une œuvre embryonnaire et rudimentaire », se virent concéder des droits... seigneuriaux, conséquence logique de la concession de la propriété des contrées spécifiées dans la charte. « Seigneurie collective », la compagnie acquérait ainsi le droit de haute, moyenne et basse justice sous la suzeraineté de la Couronne. En conséquence, non seulement les juges installés par les compagnies devaient suivre les lois et ordonnances du royaume (et la coutume de Paris) mais également se placer sous la surveillance d'un lieutenant général dont les chartes soulignaient l'incapacité « à s'entremettre de l'exercice de la justice » (3).

La justice coloniale reproduisait donc les schémas de métropole, les juges seigneuriaux connaissant sur les habitants des colonies de toutes les affaires civiles, commerciales et criminelles et le roi pouvant établir un conseil souverain (dont les membres pouvaient être présentés par la compagnie). A dire vrai les recrutements ne furent pas si simples et, à plusieurs reprises, aucun candidat ne se présenta à des fonctions dont les gages n'étaient pas fixés. En outre,

direction de Bernard Durand et Martine Fabre, Lille, Publication du centre d'histoire judiciaire éditeur, 2004.

(2) P. GEORGE, *L'organisation judiciaire de la Martinique sous le régime des compagnies de colonisation*, thèse droit Paris, 1919, p. 11.

(3) A. LEFRANC, *Les privilèges des compagnies de colonisation dans l'ancien régime*, thèse Droit Bordeaux, 1908, pp. 66 et ss.

les plaideurs trouvant naturellement le chemin du « conseil de guerre », certains gouverneurs n'eurent de cesse que de « renvoyer les juges » et de juger eux-mêmes ou de faire juger en leur nom. Au résultat, les justices coloniales furent pendant longtemps contraintes de se plier aux réalités de toutes sortes, conciliant un droit coutumier officiel et les coutumes (de l'Ouest ou d'ailleurs) que les colons avaient amenées avec eux, expérimentant sous d'autres latitudes des mécanismes propres à constituer une magistrature moins rebelle au pouvoir royal et dont on entrevoyait qu'elle pourrait servir de modèle à des réformes métropolitaines, cherchant à réaliser une unité du droit porteuse d'ambitions nationales. Mais quoi qu'il en soit, progressivement, coloniser consistait à transplanter sur des territoires lointains les rouages de métropole: société féodale, rouages administratifs et coutumes, tirant les justices vers une assimilation progressive, combinant analogies métropolitaines et originalités « tropicales ». Il est d'ailleurs de constatation aisée que les expériences françaises, en ce domaine, n'étaient guère différentes de celles que l'on pouvait enregistrer de la part d'autres nations. Pour les colonies espagnoles ou anglaises, on pouvait noter de pareils caractères: un droit « mixte », des juges « rares » et dont les compétences en droit étaient douteuses, des nominations sans garantie de durée et, sans doute, pour les mêmes raisons, une absence de séparation des pouvoirs commandée davantage par le souci d'efficacité et par le besoin d'approcher les réalités coloniales en privilégiant les impératifs de bon sens, le souci de s'adapter à une société originale, plutôt que de mettre en avant les impératifs du droit.

La troisième République, reconstituant à la fin du XIX^{ème} siècle un immense Empire colonial ne put, malgré son renoncement à agir par la voie de Compagnies et à son rêve d'une justice plus proche de la justice métropolitaine, obtenir dans un premier temps d'autres résultats. Non contents d'orienter les choix législatifs pris au sens large, les réalités influenceront l'attitude de la justice elle-même, c'est-à-dire de ses titulaires confrontés aux réalités du terrain. Et les juges coloniaux se trouveront donc écartelés entre le souci de mettre en valeur les idéaux républicains et le besoin d'assumer un ordre colonial en délicatesse constante avec ces mêmes idéaux.

Parmi ces réalités, viennent en tout premier celles qui tiennent à la géographie, aux budgets et aux hommes. L'établissement d'une

justice coloniale, n'a pu ignorer les données aussi banales que l'éloignement, les fleuves à franchir, les distances à parcourir, le climat et... l'argument budgétaire dont un administrateur disait qu'il « dispensait de tout autre » (4). Le législateur, qui avait pu au début limiter ces créations à quelques grands centres installés sur les côtes, s'est trouvé dans l'obligation de suivre la pénétration vers l'intérieur de ses ressortissants et de combiner une justice de proximité en couvrant le terrain le plus large possible (d'où les audiences foraines, le juge unique et même la justice confiée aux administrateurs) avec une justice mieux structurée dans les grands centres. Partout les distances ont pesé lourd dans les choix faits: ainsi de l'Algérie où le déplacement d'un juge d'instruction, installé à Mascara vers Colomb-Béchar (ressort qui s'étend sur une distance équivalent à celle de Brest à Varsovie) ou Adrar aurait imposé d'accomplir respectivement 600 km et 1200 km et qu'il parut plus simple de confier au juge d'instance aux compétences étendues la charge d'instruire dans sa circonscription affaires correctionnelles et criminelles! Les chiffres d'eux-mêmes disent assez le poids des réalités. Ainsi de l'Afrique équatoriale française, qui couvre un territoire grand comme quatre fois et demi celui de la France et compte, éparpillés sur ce vaste territoire en 1906, 1288 européens et assimilés dont 1.107 français. En 1932 encore, un auteur soulignait les communications difficiles et intermittentes et, partout, un transport assuré soit par voie d'eau ou par porteurs: « il est aisé, concluait-il, de comprendre que les relations sont difficiles et [...] indispensable de garder à l'esprit ces détails géographiques » (5). Quant aux contraintes budgétaires, il fallut organiser la justice avec le souci de « limiter au strict minimum les dépenses de personnel pour éviter de grever le budget de nouvelles charges » (6). La situation à Madagascar n'était guère différente et un administrateur adjoint (7) souhaitait en 1906 la

(4) G. LEVY, *Étude sur l'organisation judiciaire de Madagascar*, Thèse Paris, 1932, p. 90.

(5) E. GUILLOT, *La justice en Afrique équatoriale française*, Thèse Paris, 1932 (228 pages), pp. 22-23.

(6) J. SALIS, *Essai sur l'évolution judiciaire et la législation applicables au Gabon-Congo*, Thèse Toulouse, 1939 (316 pages), p. 68.

(7) G. LEVY, *Étude sur l'organisation judiciaire de Madagascar*, Thèse Paris, 1906 (167 pages).

multiplication des justices de paix dans le but de faire face aux situations réelles provoquées par des « justiciables européens qui dans un pays de production aurifère, ont tendance à se disséminer de plus en plus » et qui ne trouvant pas de juge à leur portée estiment plus sage de renoncer à leur droit plutôt que de s'imposer des déplacements longs et coûteux. Quant aux établissements français en Océanie, on y voit que les conditions géographiques (éloignement des îles, difficultés de communication) empêchaient l'installation d'une magistrature permanente et plaidaient au contraire pour des audiences foraines ⁽⁸⁾.

On comprend que ces contraintes ont contribué à dessiner une justice coloniale originale, assez éloignée des schémas métropolitains, investie de la tâche de « donner à tous les justiciables une justice intègre et d'accès facile et, d'autre part, tenir le coût de l'appareil judiciaire dans les limites des possibilités budgétaires » ⁽⁹⁾. Ce fut au prix d'un double caractère, imposé au juge colonial. Quant à son statut: lui refuser la garantie de l'inamovibilité qui eut rendu difficile la gestion de la pénurie de magistrats en supprimant l'étroite dépendance du juge colonial à l'égard des autorités (I). Quant à ses attributions: lui demander d'assurer, souvent seul, une justice de proximité (II).

1. *Maintenir le juge sous dépendance.*

L'exigence de disposer d'un personnel de justice compétent et en nombre suffisant aurait sans doute pu être satisfaite par des propositions de carrière attirantes, à l'image de la question de savoir si le volume des affaires était susceptible d'attirer un nombre convenable d'avocats. Mais sans doute, la question financière n'aurait pu tout régler puisqu'une grande partie des postes n'était pas pourvue, qu'il avait fallu encore gérer les absences liées aux congés, indispensables à la santé des personnels, mais souvent prolongés en raison des distances parcourues pour se rendre en métropole ou en revenir. Aussi bien, le statut du juge colonial se

⁽⁸⁾ C. SIGWALT, *La justice aux Etablissements français de l'Océanie*, Paris, 1926, 141 pages.

⁽⁹⁾ CAOM, B9 carton 29.

ressent-il profondément de cette constatation: l'un des thèmes repris de manière permanente et sans doute l'un des handicaps les plus vifs de la justice coloniale a été la difficulté à installer sur le territoire colonial un personnel judiciaire en nombre suffisant, qu'il s'agisse des avocats et avoués, greffiers et huissiers ou des magistrats!

En 1929, une thèse sur le statut de la magistrature coloniale notait que sur 351 postes, 68 étaient sans titulaires ⁽¹⁰⁾ et dans certaines colonies il n'était pas rare que les justiciables ne puissent compter que sur l'assistance d'un seul avocat ⁽¹¹⁾. A quoi il faut ajouter que la justice étant aussi rendue par le personnel administratif, il ne faut pas davantage négliger leur faible nombre ramené à la multitude de leurs attributions et à la faiblesse de leur formation juridique. En 1907, sur 489 administrateurs des colonies, 200 possédaient des diplômes d'études supérieures et une centaine celui de bachelier mais les 200 restants étaient d'anciens sous-officiers des troupes coloniales de la marine. Du reste on mesurera que pour une étendue en 1937 égale à l'Europe plus la Russie et 60 millions d'habitants, seulement 20.000 fonctionnaires européens et 40.000 fonctionnaires indigènes administraient, là où un million de fonctionnaires géraient 40 millions de français ⁽¹²⁾!

Il est vrai, que cette crise du recrutement datait déjà de quelques années et qu'elle se doublait au début du siècle d'une crise de recrutement de la magistrature métropolitaine elle-même ⁽¹³⁾. Mais pour la justice coloniale, certaines causes se surajoutaient aux constatations faites pour la France métropolitaine. La crise de recrutement s'expliquait autant par les lacunes du statut (et en particulier cette impossibilité d'être ensuite nommé en France, aplanie par quelques dérogations), que par les difficultés de la vie coloniale. En outre, dans une étude datant de 1913, un auteur soulignait l'extrême

⁽¹⁰⁾ Voir C. ETTORI, *Le statut de la magistrature coloniale*, Thèse Paris, 1929, 93 pages.

⁽¹¹⁾ Voir notre article sur *Les avocats aux colonies. Entre déontologie acceptée et discipline imposée*, in *Officium Advocati*, Francfort, 2000, pages 55-100. Voir également M. HAMELIN, *Les avocats aux colonies*, Recueil Penant, 1914, pp. 33-60.

⁽¹²⁾ J. BENILAN, *Le statut des administrateurs de colonies*, Thèse Paris, 1937, 92 pages.

⁽¹³⁾ F. GEOFFROY, *L'organisation judiciaire des colonies françaises*, Thèse Paris, 1913, p. 55.

sélectivité du recrutement par l'école coloniale où l'on avait exigé des candidats une préparation exemplaire. D'où de maigres succès aux concours et des candidats peu nombreux: En 1905, 4 admis, aucun en 1906, un seul en 1907, un seul encore en 1908, 5 en 1909, 3 en 1910 et 2 seulement chaque année qui suivit jusqu'en 1912.

Sur place, les problèmes vécus par les magistrats, à commencer par les difficultés liées au climat, rendaient nécessaire un régime de congés spécial, étendu encore par une pratique dramatiquement laxiste. D'où, parmi les défauts les plus criants de la justice coloniale, l'absence chronique des magistrats. Qualifié par un journaliste d'« Animal des pays tempérés » (14), le magistrat colonial semble avoir eu comme signe particulier sous la troisième république « d'être absent de son siège » (15). Sous le titre « La magistrature coloniale, les vices de son organisation actuelle, nécessité de certaines réformes », Paul Artaud, ancien procureur général, et chef du service judiciaire à la Guyane, à la Réunion et à la Guadeloupe, dénonçait plus spécialement dans un long article paru au *Penant* cet « Absentéisme ». Dans toutes les colonies où il a servi, indique-t-il, la magistrature est toujours réduite d'un quart et quelquefois de la moitié, exception faite de la Cochinchine où le personnel est suffisant et où l'on a prévu de nombreux juges suppléants (16). On peut d'ailleurs le vérifier pour l'ensemble des établissements et en 1926 un auteur remarquait qu'il faut « six magistrats titulaires » pour rendre la justice à Papeete » mais qu'il n'y a « le plus souvent que trois ou quatre sur place ».

Cette « grande affaire » de la magistrature coloniale qu'a été l'absence des magistrats (qu'elle soit liée à leur nombre insuffisant,

(14) D. SARR, *La cour d'appel de l'AOF*, thèse Montpellier, 1980, pp. 134 et ss. citant « l'AOF », 4ème année, n. 124 du samedi 15 octobre 1910, sous le titre « La magistrature absente », signé par « Un justiciable ».

(15) *Ibidem*.

(16) Il donne un chiffre pour la Guyane du 1 janvier 1895 à fin décembre 1900: 242 mutations soit 40 par an pour une personne de 25 fonctionnaires. Pendant ce temps, le chef du service judiciaire a changé 5 fois, le président de la cour 12 fois, le juge-président du tribunal de Cayenne 10 fois. Sur quatorze magistrats, 4 ou 5 manquent à leur poste d'une façon permanente par suite de congés ou mutations. A la Guadeloupe, en 1906 il manque toujours 5 à 6 magistrats, beaucoup sont à l'hôpital. Tel est, poursuit-il, le leitmotiv des rapports.

aux congés réglementaires ou prolongés, ou aux tentations d'embrasser la profession plus lucrative d'avocats comme ce fut le cas à une époque en Indochine) a entraîné toute une série de conséquences visant à la pallier ou à la masquer.

D'une part, le faible nombre de magistrats a commandé pour une large part l'organisation judiciaire et les compétences dévolues aux différents tribunaux. Des justices de paix aux tribunaux de première instance, c'est très généralement un juge unique qui siège, dont les compétences sont souvent accrues. En outre, certaines justices de paix sont confiées à des administrateurs, seul moyen d'assurer une couverture suffisante du territoire colonial⁽¹⁷⁾. En 1906, un administrateur adjoint en poste à Madagascar estimait que ce recours aux administrateurs s'imposait par le besoin de décentraliser la justice française, le moindre coût (ou plutôt l'absence de coût, puisque cette tâche était intégrée dans les fonctions des administrateurs) et la garantie d'une justice correctement rendue, la situation n'étant ni meilleure ni pire que pour les justices de paix en métropole⁽¹⁸⁾. Ainsi, les justices de paix, soit ordinaires comme en métropole, soit à compétence étendue, étaient confiées à des magistrats ou à des fonctionnaires (commandants de cercles en AOF, résidents à Madagascar et Indochine, fonctionnaires en AEF) qui rendaient la justice civile et avaient, pour certains, les mêmes attributions que des tribunaux correctionnels en France. L'une des conséquences les plus notables est que ces tribunaux fonctionnaient sans ministère public, autre moyen d'économie, comme ils fonctionnaient parfois en dehors de toute règle. Le bilan n'en était pas nécessairement négatif. On rappellera le jugement nuancé d'un inspecteur général des colonies qui écrivait en 1934 que les résultats n'étaient « pas décevants du tout » et que si les maladroites commises avaient pu faire sourire les magistrats « rompus aux artifices des procédures », « la somme algébrique des services rendus et des difficultés causées » était largement positive.

De même fallait-il avoir recours aux audiences foraines. Elles se tenaient à la demande du procureur général, un magistrat obtenant mandat de juger une affaire dans une autre circonscription. Cette

(17) E. GUILLOT, *La justice en Afrique équatoriale*, Thèse Paris, 1932, p. 35.

(18) LEVY, *Étude sur l'organisation judiciaire de Madagascar*, cit., p. 145.

disposition exorbitante n'avait souvent pour justification que l'importance particulière de l'affaire et la difficulté du magistrat en place d'y faire face. Mais il est vrai que dans certains établissements, comme en Océanie, les audiences foraines étaient une nécessité, malgré la présence d'administrateurs faisant fonction de juges de paix, ces derniers « ne tenant pas beaucoup à leurs attributions judiciaires » les estimant sans doute « ingrates en raison de la confusion des pouvoirs et nécessitant parfois des connaissances juridiques » (19). Le magistrat était autorisé à siéger sans greffier ni ministère public et les avis de comparaître pouvaient être donnés dans un délai minimum de 24 heures en raison de « la rareté des communications avec certaines îles et l'impossibilité de fixer une audience pour une date déterminée, la navigation à bord des goélettes ne permettant aucune prévision » (20).

L'absentéisme des magistrats fut, d'autre part, résolu par des moyens divers, tels que mutations ou surtout l'intérim « plaie d'Égypte de notre état colonial », pour lequel aucune condition d'âge et de capacité n'était exigée (sauf dans les vieilles colonies). On désignait alors tout fonctionnaire susceptible de rendre une justice de bon sens ou ayant quelques lumières en droit (commissaires de la marine, officier d'artillerie, etc.) et bien sûr avocats et avoués, mais eux-mêmes de moins en moins nombreux. De plus, la loi de 1905 permit de compléter les tribunaux en appelant des juges de paix, ce qui entraîne de fréquents déplacements. Ces solutions provisoires impriment à la justice coloniale un air d'improvisation, rendue par des gens inexpérimentés, qui pouvait faire douter de son sérieux. Ce n'est plus, dira un inspecteur des colonies, qu'une parodie de justice (21). Lors d'une affaire survenue à Madagascar en 1910 et venue en cour d'appel, l'annotateur faisait observer que cela est dû à n'en pas douter « au choix de personnes non qualifiées pour rendre la justice ou en être les auxiliaires nécessaires ». En l'occurrence, les fonctions de greffier de la justice de paix avaient été confiées à un jeune commis de 3^e classe des services civils (il s'était érigé en juge du droit du requérant en refusant de délivrer l'aver-

(19) SIGWALT, *La justice aux Établissements français de l'Océanie*, cit., p. 140.

(20) Ivi, p. 83.

(21) Voir Sol, p. 14, n. 231.

tissement en conciliation), la justice de paix était en même temps présidée par un intérimaire, administrateur en chef de la province (qui avait donné ordre au greffier de refuser sous prétexte que l'appelé en conciliation était son « subordonné »), et par un ministère public « dont les fonctions, ce que l'arrêt ne nous dit pas, étaient peut être aussi aux mains d'un intérimaire ». Tout ceci est non seulement préjudiciable à la justice mais tout autant « au personnel des administrateurs lui-même qui compte parmi ses membres tant de fonctionnaires d'élite ». La solution, si « pour longtemps encore des raisons d'économie, des magistrats de carrière ne peuvent être installés partout aux colonies ou remplacés par un de leurs congénères en cas d'absence ou d'empêchement », serait peut être « de laisser les administrateurs à leurs fonctions naturelles et de surseoir aux jugements des affaires jusqu'à la rentrée en fonctions du magistrat absent ou de saisir de l'affaire le tribunal le moins éloigné » (22).

Mais surtout, l'un des procédés le plus fréquent fut d'imposer aux magistrats une mobilité dont il faut bien reconnaître qu'elle s'accommodait de l'absence d'une inamovibilité que réclamaient pourtant les juges coloniaux. On est frappé, en effet, par l'extrême mobilité de la magistrature. Si quelques magistrats restent de manière assez constante dans une même région (en particulier pour l'Indochine), certains en revanche parcourent la planète. La mobilité est parfois impressionnante à l'image de ce magistrat, M. Lencou-Barême, qui est, était le 19 avril 1883 à Bien-Hoa, puis le 13 avril 1885 à Pondichéry, le 6 mai 1887 à Gorée, le 16 septembre 1887 à Basse-Terre, et 3 ans plus tard à Pointe-à-Pître, le 31 janvier 1891 à Fort-de-France et le 25 octobre 1892 à Nouméa puis le 27 juin 1893 juge-président à Sadec (23) et en 1895 attaché au parquet de Saïgon. On imagine aisément combien ces déplacements continus pouvaient avoir sur le fonctionnement de la justice des effets désastreux, au point parfois de donner des magistrats eux-mêmes une image négative. Comme les appellent un conseiller à la cour d'appel de la Martinique, ce sont des magistrats « ambulants »: « c'est celui qui par le fait de fréquentes nominations, passe d'une colonie à une

(22) Penant, 1910, Cour d'appel de Tananarive, audience du 6 août 1910, pages 354-357.

(23) Penant, 1895, pages 333-336.

autre, et demeure plus longtemps en mer, sur le pont d'un paquebot ou en escale ou en congé, qu'à terre, dans un prétoire. Il ne s'en plaint pas. C'est un agrément de la carrière que de voyager au long cours sans être rentier? Cela coûte à l'État, et rend vacant votre emploi et oblige à votre remplacement. Cela ne permet pas de vous apprécier ni de vous désapprécier, car les dossiers s'effeuillent entre vos mains comme des bouquets à peine touchés et vous n'avez que l'ennui de prêter des serments multiples » (24). Ce même magistrat faisait observer en 1917 que, compte-tenu de l'obligation dans laquelle se trouvent les magistrats de prêter autant de serments qu'ils occupent de fonctions, « il n'est pas rare qu'en fin de carrière un magistrat qui se respecte additionne une centaine de serments, à la formule invariable ».

Ces déplacements fréquents et les intérimis produisent des incohérences et des changements subits de jurisprudence, provoquent des affaires mal instruites, allongent la durée des procédures longues, accroissent le coût de la justice... d'où les projets répétés de « réorganisation de la magistrature coloniale », dans le but de trouver une formule « sur les garanties de la justice aux colonies et sur le recrutement de la magistrature », dont un auteur disait par moquerie que « quand on sera à la douzaine (de projets), on pourra faire une croix » (25). Et Dieu sait qu'un des leitmotivs le plus prégnant fut la revendication de l'inamovibilité (26).

Le maintien de l'ordre colonial avait conduit la troisième République à limiter l'indépendance traditionnelle dont jouissait la magistrature. Les magistrats, parties prenantes à la mission coloniale confiée aux gouverneurs — dépositaires des pouvoirs de la République — étaient placés comme l'a dit un député « sous le régime du sabre du Gouverneur » (Réalier Dumas en 1833). D'où essentiellement les deux constats que l'on peut dresser, l'un portant sur les pouvoirs exceptionnels confiés aux gouverneurs dans le domaine judiciaire (il peut requérir le Procureur Général, dessaisir la justice

(24) H. de KERSAINT-GILLY, *De la réorganisation de la magistrature coloniale*, Penant, 1917, pp. 31-38.

(25) Penant, 1911, p. 21, *La réorganisation de la magistrature coloniale*.

(26) Voir B. DURAND, *Un dogme soumis « à la force des choses » : l'inamovibilité des magistrats aux colonies*, « Revue historique de droit français et étranger », 82, 2004, 2, pp. 241-262.

indigène en faveur de commissions, avoir autorité sur les avocats-défenseur — nomination, congés et sanctions comme limitations de leur nombre — déterminer le siège et le nombre des juridictions, transformer les tribunaux, désigner des magistrats intérimaires, légiférer dans le domaine de la procédure, régler les congés des avocats-défenseurs, etc.) et l'autre sur le rôle original joué par le ministère public (chef du service judiciaire — et donc ayant autorité sur la justice indigène — le procureur général est également maître de l'intérim des magistrats, a la haute main sur la discipline des avocats, tandis que dans certaines colonies, les membres du parquet cumulent les fonctions de ministère public et de juge d'instruction et parfois de juge, et jouent le rôle de chambre d'accusation). Sans doute, sur ces deux aspects, les gouvernements auront à cœur de limiter ces pouvoirs et d'en préciser la portée comme de donner à la magistrature coloniale, du moins dans certaines colonies, une indépendance plus grande et aux avocats un statut plus conforme aux traditions républicaines, mais toujours de manière restreinte et souvent fort tard.

Le principe majeur restera cependant l'amovibilité des magistrats. D'une part, du moins à l'origine, l'inamovibilité était perçue comme contraire au maintien de la discipline au sein d'une magistrature recrutée avec légèreté et aux mœurs jugées critiquables. D'autre part, et malgré une amélioration notable du recrutement, l'amovibilité resta la règle en raison des conditions mêmes d'exercice d'une justice confrontée à un sous-encadrement chronique et que seule, faute de budgets suffisants, une mobilité facilitée pouvait corriger.

Ici encore les raisons, diverses, s'enracinent dans les circonstances locales, dont les archives témoignent abondamment. Sont ainsi perceptibles les craintes que quelque scandale « ne vienne blesser les convenances coloniales » et ne rende impossible leur maintien, ou tout simplement que les amitiés nouées ou la position de force acquise au bout de quelques années ne vienne faire de l'inamovibilité une arme contre le gouvernement. La vie coloniale et la situation de célibataire de quelques magistrats devaient heurter l'idée que se faisaient les autorités de la discrétion des magistrats et du danger pour leur « autorité, prestige et honneur ». Par circulaires, le procureur général de Saïgon, chef du service judiciaire, rappelait aux magistrats, greffiers et commis greffiers, qu'il n'était plus décidé à supporter la cohabitation de ceux-ci avec des femmes indigènes ou

asiatiques, invoquant tout à la fois leur dignité personnelle, l'influence exagérée que celles-ci pouvaient prendre sur leurs décisions et les manœuvres que ces relations pouvaient générer. Il évoquait le parti que tiraient certains annamites de ces relations, soutirant de l'argent de leur compatriote en leur faisant miroiter un soutien en justice, ce qui a pour conséquence, alors que le magistrat n'y est pour rien, de le faire passer aux yeux de la population pour concussionnaire ou corrompu ⁽²⁷⁾. Deux circulaires datées du 18 septembre 1897 ⁽²⁸⁾ et du 19 septembre 1908 ⁽²⁹⁾ étaient venues rappeler aux magistrats combien ils devaient sauvegarder leur dignité en même temps que mesurer les dangers que ces femmes leur faisaient courir, sachant « avec une adresse extrême et sans que leur amant s'en aperçoive leur suggérer des décisions ».

Quoi qu'il en soit de la vérité, on ne s'étonnera donc pas qu'un des leitmotivs assez habituels, en particulier dans sa dimension de contrôle des mœurs, mais dont les implications « politiques » ne sont pas absentes, ait été, dans les colonies, la dénonciation de la cohabitation avec les femmes, indigènes ou autres, accusée de compromettre « l'autorité, le prestige et l'honneur des magistrats » et par là même l'image de la Justice auprès des indigènes. En soi, la chose pouvait être différemment perçue et, dans certaines colonies, les alliances matrimoniales pouvaient être diversement appréciées par les gouverneurs et procureurs, ceux-ci y voyant, tantôt, l'occasion pour un magistrat « d'être favorablement accueilli par la population », tantôt au contraire, l'occasion « d'établir des relations peu conciliables avec sa position ».

Ces plaintes sont suffisamment nombreuses pour qu'on puisse en conclure, au-delà de quelques oppositions de personnes et d'une attention sans doute excessive à la vie intime des magistrats, à quelque malaise. Ainsi, chargé, par le garde des sceaux, d'une enquête « délicate » sur les mœurs des magistrats, le Premier président de la Cour d'appel d'Alger reprenait dans un long mémoire ⁽³⁰⁾

(27) Circulaire du 19/08/1895 et lettre du 19 septembre 1908 en rappelant le contenu.

(28) CAOM, GO 4860.

(29) CAOM, GO 7770.

(30) Archives Ministère de la justice, C 5840.

l'énumération de différents faits portés à sa connaissance qui entachaient la réputation de la magistrature algérienne. Encore, soulignait-il qu'il rappelait seulement les événements ne remontant qu'au jour de son installation (en novembre 1870), ironisant sur le discours de son prédécesseur qui, lors de sa nomination, se félicitait qu'il n'y ait plus « que » sept magistrats concubinaires à Constantine. Dressant le bilan de son action, il se félicitait de ce que, en sept mois, la magistrature d'Afrique avait été épurée, pour concubinage ou inconduite notoire, d'une dizaine de magistrats, de sorte qu'il a bon espoir pour une magistrature « nullement inférieure pour le savoir juridique et la rectitude d'esprit [...] et supérieure en assiduité et en zèle » sur la justice métropolitaine.

Plus intéressante reste la constatation que l'image négative de la justice coloniale débordera de très loin les seules premières années, en particulier sur le point de la moralité, faisant apparaître l'amovibilité comme le moyen le plus efficace de contrôler les vies « irrégulières » de quelques magistrats. N'en exagérons pas, toutefois, la réalité. La lecture des notes individuelles dément souvent les affirmations péremptoires et on peut penser que les accusations d'immoralité ont pu être un moyen commode pour se débarrasser d'opposants. Ainsi la magistrature d'Alger, siégeant à la Cour royale, si suspecte en 1874, obtenait en 1842 du procureur général un satisfecit quasi général: « moralité et conduite exemplaire », « intégrité la plus pure », « tenue convenable et digne », « homme honnête », « rigide probité », « conduite privée irréprochable », etc., sont les opinions les plus fréquemment avancées, modérées seulement par quelques observations sur une « tenue négligée » ou encore « quelques difficultés avec l'administration » ⁽³¹⁾.

Cette image d'une magistrature « immorale » restera dans les esprits au point que toute difficulté entre justiciables et magistrats, entre magistrats et autorités administratives, sera l'occasion d'évoquer « les colonies [...] dépotoirs de tous les fonctionnaires incapables, de tous les magistrats tarés » ⁽³²⁾, outrances dont certains journaux se font l'écho dès lors que quelque raison politique en

⁽³¹⁾ Archives CAOM FM F/80/1723.

⁽³²⁾ Voir par exemple, Archives départementales de l'Hérault, 1 E 1191, Le magistrat Fabry.

vient à nourrir rancunes et vengeances. Il est vrai, cependant, que pour certains territoires, la chancellerie n'avait peut-être pas reculé devant la tentation de déplacer de métropole les magistrats indésirables. Dans un courrier du 16 juillet 1873, le premier président de la Cour d'appel d'Alger soulignait au garde des sceaux combien il regrettait « la tolérance » qui avait permis au « mal de grandir à ce point que les magistrats d'une vie régulière étaient comme une sorte d'exception curieuse », mal qu'il attribuait à la tendance de faire « des compagnies judiciaires de l'Algérie comme les compagnies de discipline pour la magistrature de la métropole » ⁽³³⁾.

De sorte que l'inamovibilité, qui pouvait être avantageuse pour mettre les juges honnêtes à l'abri de trop faciles pressions, était jugée néfaste à la mise à l'écart de juges indéclicats. La possibilité de « purifier les rangs des tribunaux », comme l'exprime une note du ministère de la justice datée de juin 1874, n'aurait pas été possible sans la « seule garantie d'une bonne discipline » qu'est l'amovibilité et si l'on se « fut heurté à ce privilège légal qui lie indissolublement le juge à son siège ». Et cette note de reprendre les mêmes arguments, tant il est évident que bien des magistrats sont, soit trop rapidement expédiés dans des territoires à peine conquis, trop éloignés d'une quelconque surveillance, où ils se trouvent exposés à des « tentations contre lesquelles le sentiment de leur devoir ne suffit pas », soit venus directement de France « pour échapper à des embarras pécuniaires ou pour faire oublier certains écarts de jeunesse », et pour tous ceux-là « quel moyen avec l'inamovibilité pour remédier au mal »?

Mais, il faut ajouter à ces raisons, d'ailleurs factuelles et proprement mises en exergue à titre exemplaire, d'autres motifs davantage liés aux relations orageuses entre magistrature et autorités coloniales. Une note sur l'Algérie mettait en cause une magistrature de « migration » qui se compose en général de « fonctionnaires sans fortune ou qu'il a fallu déplacer », qui compte dans son sein beaucoup d'esprits « inquiets, entreprenants, aventureux, difficiles » et qui se trouvent transportés dans « le milieu toujours passionné et ardent des colonies » où les occasions de spéculation et les règles d'exception qui les gouvernent les entretiennent « dans une suscep-

⁽³³⁾ Voir pour l'Algérie Archives Ministère de la justice, C 5840.

tibilité ombrageuse et jalouse », cette magistrature là ne peut être que dominée par l'esprit d'indiscipline et de lutte « bien autrement qu'on ne le voit dans la magistrature métropolitaine ». Pour y faire face, le seul principe, rappelé par les Ministres sous tous les régimes, était d'exiger des magistrats « une complète soumission comme fonctionnaire, tout en maintenant l'entière indépendance du magistrat sur son siège » ⁽³⁴⁾. Il fallait que le Gouverneur soit armé d'un moyen énergique de discipline pour contenir le magistrat dans son devoir, discipline que la commission Randon en 1869 justifiait, « pour les établissements lointains », par l'entière liberté d'action dont devaient bénéficier les dépositaires de l'autorité, « livrés à eux-mêmes », et qui ont besoin que l'on « écarte de leur route tout obstacle qui pourrait élever une puissance sur laquelle le pouvoir civil n'aurait aucune prise ». Même, ajoutait le premier président, en 1874, comment imaginer qu'en Algérie, le pouvoir militaire cesse un jour d'avoir la prépondérance et dans tel cas pourquoi introduire une inamovibilité qui mettrait dans une position impossible le garde des sceaux à qui le Gouverneur viendrait demander le déplacement ou le renvoi d'un magistrat. Il paraissait à beaucoup plus judicieux de ne pas renoncer à une amovibilité « qui ne produit aucun inconvénient et qui est du point de vue disciplinaire une garantie encore nécessaire ».

Cette autorité des Gouverneurs permettait ainsi de résoudre non seulement les relâchements de discipline mais aussi l'éventuel manque d'efficacité du service judiciaire, sans doute plus fréquent aux colonies qu'en métropole.

Alors pourtant que de solides raisons pouvaient plaider pour un renforcement de l'indépendance des magistrats Outre-mer, tant dans leur intérêt propre que dans celui des justiciables, il fallut, en effet, malgré des tentatives répétées et bien des espoirs déçus (en particulier à l'occasion d'une consultation rendue par la Cour de cassation et un arrêt du Conseil d'Etat à la fin du XIX^{ème} siècle), attendre 1921 pour l'Algérie et 1946 pour les autres territoires pour que le principe de l'inamovibilité y fut proclamé. Encore n'est-il pas évident que, malgré ces affirmations, le « force des choses » colo-

⁽³⁴⁾ Lettre du Ministre de la Marine au gouverneur des établissements de l'Inde du 18 décembre 1857.

niales n'en ait pas limité les effets. En revanche le principe de l'amovibilité fut nuancé et corrigé en partie par quelques garanties reconnues au magistrat colonial. Au fil de quelques textes, des améliorations avaient été apportées parmi lesquelles de nouvelles règles d'avancement (l'inscription au tableau d'avancement est faite par une commission de classement qui siège au ministère des colonies) et de traitement (un décret du 5 septembre avait décidé que la nomination devrait se faire dans l'ordre du tableau — droit que ne possédaient pas les magistrats métropolitains), des primes de nomination et des postes avantageux ainsi que le remplacement du stage au barreau par un stage rémunéré en qualité d'attaché au parquet général d'une colonie (décret du 3 avril 1924 qui vise à attirer les élèves dans la section magistrature de l'école coloniale), une situation identique pour le parquet et le siège, etc. Mais, si l'on excepte le statut meilleur fait aux magistrats des Antilles et de la Réunion par une loi du 15 avril 1890, le statut des magistrats coloniaux continue à se caractériser par des règles dérogatoires au régime métropolitain. Certes il s'agit d'une amovibilité de résidence, l'inamovibilité de grade leur étant reconnue. Mais cette amovibilité restera absolue, non seulement en ce qui concerne les déplacements temporaires pour faire face à l'intérim ou pour intervenir d'office hors de la colonie, avec seulement l'avis conforme de la commission de classement comme garantie.

2. *Assurer la proximité de la justice.*

Ce sont de « bonnes raisons », liées aux « localités coloniales » qui firent sans doute que les justices de paix à compétences étendues prospérèrent sur certains territoires. En ce domaine, l'exemple, au XIX^{ème} siècle, de l'Algérie, encore colonie, mais surtout largement inspiratrice des pratiques coloniales républicaines, est bien connu. L'extension de compétence était déjà inscrite, ici, dans l'ordonnance de 1842 qui permettait au ministre de la guerre de modifier, provisoirement s'il y avait lieu, la compétence et les attributions du juge de paix de Blidah et, en outre, de statuer, par des arrêtés, sur la compétence des justices de paix qui seraient ultérieurement créées en dehors des lieux où siègent des tribunaux de première instance

(article 13). Ce que fit d'ailleurs le gouverneur pour Mostaganem et Constantine.

Mais c'est le décret du 19 août 1854 qui y a établi cette classe particulière de juges de paix, cumulant les fonctions de juges de paix pour les actions personnelles et mobilières, en matière civile et commerciale, ainsi que les attributions du président de tribunal de première instance pour les actions en référé en toutes matières et, plus tard, dans certains cas, une compétence correctionnelle. Il en fut installé dans plusieurs villes: Alger, Blida, Mostaganem, Bône, Philippeville, Oran, Tlemcen, etc.

On mesure mal, à cette seule évocation, la liste véritable des attributions, proche d'une liste à la Prévert. Au civil, non seulement il connaît de questions spéciales ignorées des tribunaux en France mais encore il a en matière commerciale une compétence propre et dispose d'une compétence étendue en matière de référé. En vertu de ce dernier pouvoir, il peut connaître de matières qui ne relèvent pas de sa compétence d'attribution et exerce, aux termes de la loi, « les fonctions du président de tribunal de grande instance comme juge des référés en toute matière ». Au commercial, il connaît de toutes les actions personnelles et mobilières, y compris des litiges commerciaux entre musulmans. En matière musulmane, il est compétent en toutes matières en Kabylie, seulement en matière civile et commerciale, mobilière ou immobilières dans le Nord (le *cadi* étant compétent pour le statut personnel et les successions), dans le Sud en cas d'option de juridiction seulement, étant notable qu'il a dans ces matières les compétences de référé (ignoré du droit musulman). Au pénal enfin, il a non seulement une compétence correctionnelle mais encore celle d'officier de police judiciaire (maintenue encore à titre provisoire en 1959), faisant ainsi de lui, dans son ressort, l'antenne du parquet, ne disposant toutefois ni de l'action publique ni du droit de classement mais conseillant et dirigeant les officiers de police judiciaire de son ressort, avec pouvoir de prolonger et de contrôler la garde à vue. Il se transporte sur les lieux en cas de flagrance de crimes et délits afin d'établir la procédure, demande la saisine de l'instruction, contrôle les prisons, instruit toutes les affaires de sa circonscription, peut décerner mandat de dépôt provisoire, a délégation générale pour procéder à « toutes opérations et vérifications nécessaires à la manifestation de la vérité », outre bien sûr qu'il peut

juger tous les délits (le ministère public étant rempli par un non-magistrat) n'emportant pas une peine d'emprisonnement supérieure à 6 mois ou 600 francs d'amende dans le décret du 18 août 1854 ⁽³⁵⁾. En outre, un arrêt de la Cour d'Alger daté du 22 mai 1861, se prononçant sur la portée du décret de 1854, avait jugé que les motifs d'intérêt général qui avaient présidé à la création de ces justices devaient servir à l'interpréter et que ce serait en méconnaître l'esprit que de limiter au lieu d'étendre la compétence accordée à des juges de paix ⁽³⁶⁾.

En soi, et aussi spectaculaire soit-elle, cette accumulation de fonctions épouse la nature même de toute justice coloniale de terrain, imposée qu'elle est par le besoin, à moindre frais, de faire face aux défis d'une justice sollicitée dans tous les domaines. Elle n'est pas propre d'ailleurs au statut du territoire, pas plus qu'elle n'est réservée aux juges de paix. Ainsi du Tribunal de Tunis qui, investi à l'origine des attributions juridictionnelles du Consul de France (civil, commerciale et correctionnel), obtient, en 1884, compétence sur les nationaux des puissances européennes et, la même année, compétence sur les sujets tunisiens du Bey en matière personnelle et mobilière dans leurs différends avec les Européens. La même année, la signature d'un protocole avec l'Italie, provoque la compétence du tribunal en matière administrative, compétence réglementée par un décret beylical du 27 novembre 1888. En 1885, quatre membres du tribunal sont appelés à siéger au Tribunal mixte chargé de statuer sur les contestations provenant des immatriculations de propriétés tandis que le Tribunal se voit confier la connaissance des crimes et délits commis par les Tunisiens avec la complicité d'européens. Cette multiplicité de tâches nécessite l'augmentation du nombre de chambres en 1886, puis en 1892 sans pour autant que ces réformes permettent de suivre l'évolution du travail demandé aux magistrats. L'accroissement des affaires (de près de 80% en six ans) place dans certains domaines le Tribunal devant celui d'Alger et l'implication des magistrats dans la préparation

⁽³⁵⁾ Voir sur ce point G. MASSE, *op. cit.*, p. 144 et également notre article, B. DURAND, *Originalité et Exemplarité de la justice en Algérie (de la conquête à la deuxième guerre mondiale)*, Collection Histoire de la Justice, n. 16, La documentation française, 2005, p. 45-74.

⁽³⁶⁾ Répertoire de Législation, de doctrine et de jurisprudence, Dalloz, Paris, 1869, Organisation de l'Algérie, n. 575.

des textes législatifs rend difficile le respect des usages d'une bonne justice. S'ensuit presque inévitablement l'obligation de solliciter...les juges de paix, eux-mêmes pas toujours disponibles ⁽³⁷⁾.

Or cette confusion des pouvoirs de justice était encore aggravée lorsque, faute de magistrats, on était amené à confier ces justices de paix à compétence étendue à des administrateurs, pratique courante tant en Asie qu'en Afrique.

Au cours d'une conférence donnée au centre d'études juridiques coloniales de l'Union coloniale française le 11 avril 1934, Bernard Sol, inspecteur des colonies, en jugeait la présence « acceptable », car permettant que soit rendue « dans une mesure raisonnable, la justice accessible aux justiciables » ⁽³⁸⁾. Ces justices de paix se maintinrent, tant en Algérie (En 1949, elles étaient toujours en place) que dans les autres colonies, pour lesquelles Rolland et Lampué faisaient observer que, à la différence des justices de paix à compétence étendue de l'Algérie, ces justices de paix à compétence étendue tenaient le rôle de tribunaux de première instance, assimilation qui était devenue la règle au point de leur mériter le nom de « tribunaux d'instance rudimentaires ». C'est ainsi également qu'en AEF, créées en nombre impressionnant par le décret de 1903 (10 justices de ce type furent instituées au Congo et en Oubangui-Chari), elles étaient encore présentes après la deuxième guerre mondiale, malgré les vœux répétés pour en diminuer le nombre, voire le souhait, resté toujours pieux, de les voir confiées exclusivement à des magistrats. Mais, en 1953, un rapport du président Sédille sur l'Afrique rappelait qu'en AEF seules 18 juridictions de première instance étaient pourvues d'un magistrat tandis que « 108 sont laissées aux administrateurs qui, en outre,

⁽³⁷⁾ Archives du Ministère de la Justice, C 5847, lettre du parquet de Tunis du 17 mai 1892.

⁽³⁸⁾ Recueil Dareste, 1934, pp. 72 et ss. « Autant de gouvernements généraux, autant de tribunaux complémentaires...Les résultats? Mon Dieu! pas décevants du tout. Certes, des magistrats rompus aux artifices des procédures ont pu parfois sourire devant l'embarras des magistrats occasionnels que sont les administrateurs coloniaux, mais la somme algébrique des services rendus et des difficultés qu'ont pu causer quelques maladresses est largement positive...Quant à la qualité des sentences — tout autant que l'on puisse apprécier en une aussi délicate matière — elle n'a pas motivé jusqu'à présent de critiques par trop acerbes ».

président les juridictions indigènes » (39). Il ajoutait: « il faut convenir qu'il n'est actuellement pas possible de faire autrement » en raison des effectifs impossibles à recruter et du fait qu'un magistrat, cantonné aux affaires judiciaires, n'aurait pas suffisamment de travail. D'où le souhait de ne modifier les choses que progressivement et d'organiser partout où c'est possible l'itinérance des magistrats. Encore vaut-il mieux, constatait-il « laisser subsister une organisation même médiocre que de tout bouleverser », ajoutant que pour cette région « les justices de paix à compétence étendue y demeureront longtemps encore la solution nécessaire ». Il souhaitait même que l'on redonne aux administrateurs leur compétence d'initiative en matière pénale, les en priver ayant abouti « à désarmer la justice, trop éloignée pour se saisir dans les conditions satisfaisantes des crimes ou délits flagrants et pour ordonner les mesures d'urgence qui s'imposeraient ».

Il est vrai que les résultats obtenus dans le domaine de la proximité n'étaient pas négligeables: l'importante simplification qui a découlé de l'installation de ces justices de paix, leur capacité à entendre citoyens et indigènes, leur adaptabilité au terrain, leur présence aux carrefours des implantations coloniales, le poids qu'elles retiraient de la nature de leurs titulaires et leur capacité rapide de réaction, leur faible coût, et, bien sûr, le cumul des tâches qui pouvait, pour un colon pressé, signifier économie de déplacements et de temps, et pour l'Etat économie d'argent (de 1 à 4), tout cela était loin d'être négligeable pour des autorités coloniales confrontées aux problèmes d'ordre public et de restrictions budgétaires.

Ce sont ces avantages qui en avaient imposé la présence un peu partout. Cela avait été le cas, par exemple, dans un pays comme la Tunisie, placé sous le statut de protectorat et ciblé, dès l'origine, comme devant être soumis à une organisation judiciaire « inspirée de celle d'un arrondissement français » (40). Ici aussi, pourtant, furent nécessaires, sur certains territoires, les justices de paix « pro-

(39) En Côte d'Ivoire, la même année, pour un seul tribunal, 9 justices de paix à compétence étendue, et 5 à compétence correctionnelle limitée.

(40) Archives Ministère de la justice, C 5847. Le Résident parle de la difficulté de faire fonctionner une justice dont le caractère est « exclusivement français » aux termes de la loi du 27 mars 1883.

visoires », confiées à des contrôleurs civils ou à des militaires ⁽⁴¹⁾, éventuellement transformées ensuite en justices de paix ordinaires ou soumises au régime des audiences foraines. Il en fut ainsi en Indochine où, dès les premières années de la conquête, les militaires furent investis de fonctions judiciaires, confiées par étapes à des fonctionnaires civils: dans les années 1880-1886, les résidences et vice-résidences se virent attribuer des fonctions judiciaires.

Mais ce qui aurait pu être une étape toute provisoire, devint ici la règle. D'une part, en raison des économies certaines: alors qu'en 1916, l'installation et le fonctionnement pour un mois d'une justice de paix à compétence étendue dans la province de Thay-Nguyen revenait à 31.614 piastres, un administrateur chargé des mêmes fonctions coûtait seulement 7000 piastres, plus de quatre fois moins. De plus, la rareté des affaires dans certains endroits rendait prohibitif le coût de la justice: 10 affaires par an sur un ensemble de trois provinces en 1914. D'autre part, en raison du maillage plus étroit que permettait la proximité des tribunaux résidentiels et des économies pour les justiciables d'ailleurs qu'autorisait leur proximité: rapidité des déplacements des témoins, durée réduite des détentions provisoires, sont les deux avantages rappelés par la chambre de commerce et de l'agriculture du Cambodge lorsque, en 1915, elle réclame le rétablissement des tribunaux résidentiels. Enfin, pour tout un ensemble d'arguments, de qualité variable: Soit que les autorités fassent observer que certains administrateurs ont les mêmes diplômes en droit que les « très jeunes et très inexpérimentés juges » auxquels on confie habituellement les justices de paix excentriques et qu'ils ont sur eux l'avantage d'être plus anciens dans le pays, et d'en posséder la langue, argument bien sûr qui devient fort lorsque, lors de la première guerre mondiale, la rareté des magistrats s'accroît; soit, surtout, que l'on invoque la difficulté d'exporter dans les colonies la séparation des pouvoirs, jugée « impolitique » dans des régions où la confusion des pouvoirs a toujours été de règle et où le prestige de l'autorité serait réduit à néant par une séparation totalement incomprise. Partout les administrateurs avaient beau jeu de rappeler cette idée élémentaire qui venait en outre conforter leur position en face de jeunes magistrats.

(41) Archives Ministère de la Justice, C 5846.

Il est clair que cette accumulation de compétences pouvait effrayer, tant par les charges multiples qu'elle impliquait qu'en rapport avec la modestie des traitements de ces magistrats: « Je sors de chez le juge de paix », écrit un magistrat en fonction à Alger en 1862: « c'est un juge de paix à compétence étendue ». Puis, après avoir énuméré les différentes attributions (civilement... commercialement... correctionnellement... en toutes matières exerçant les fonctions des présidents des tribunaux civils... et seul, à un degré élevé, représentant l'autorité judiciaire dans son canton) et comparé son traitement à celui de son commissaire civil et même de son commissaire de police, il conclut: « Est-ce convenable? Est-ce digne? Est-ce raisonnable? ».

Mais, surtout, cette « singularité »⁽⁴²⁾ avait de quoi heurter (notamment certains parlementaires⁽⁴³⁾) tous ceux qui jugeaient contraire aux principes d'une bonne justice le fait de confier à une même personne des fonctions dont la séparation était estimée nécessaire à la garantie des justiciables. Tout le monde s'accordait pour dire l'inconvénient « d'attribuer au même magistrat, d'une part les fonctions du parquet et celles du siège, d'autre part, celles de l'instruction et celles du jugement » (rapport du Président Sédille). De fait, des mécanismes qui pouvaient être jugés choquants, au regard des règles métropolitaines puisque, pour ces justices à titulaire unique, dominaient d'étranges situations où l'on pouvait voir, au pénal ou au civil, un juge « se saisir d'office, délivrer mandat de dépôt, agir comme juge d'instruction, agir comme ministère public, s'adresser à lui-même un réquisitoire définitif et y répondre par une ordonnance de renvoi devant le tribunal de paix à compétence étendue qu'il préside et où il va juger ». Avouant que cette confusion « choquait nos habitudes et heurtait les principes traditionnels de l'organisation judiciaire métropolitaine », un magistrat reconnaissait cependant que cette pratique « très ancienne », ne constituait pas « en soi une conception juridique scandaleuse, qu'elle ne porte pas atteinte aux libertés publiques, qu'elle n'est au surplus qu'une forme

(42) Voir A. NARFEZ, *Un singulier Magistrat, le juge de paix à compétence étendue d'Outre-mer*, in « Pouvoir judiciaire », mai 1956.

(43) En 1913, un parlementaire, M. Maurice Colin, avait déposé un projet de tendant à la suppression des compétences étendues des juridictions en Algérie.

de justice voisine de celle adoptée par beaucoup d'autres pays comme l'Angleterre ».

Ce fatalisme était assez unanimement partagé. Un autre rapport, antérieur de quelques années, celui de Louis Courbain, conseiller à la Cour d'appel de l'AEF, daté de 1949, évoquait cette juridiction « curieuse » qu'était « le tribunal de première instance économique » mais qui « heurtait quelques uns de nos principes modernes essentiels de l'ordre judiciaire qui appellent sur l'institution de sérieuses réserves ». Encore soulignait-il que la justice de paix comprenait un juge magistrat du 10^{ème}, 13^{ème} ou du 14^{ème} et dernier échelon mais, après en avoir rappelé les fonctions multiples et évoqué « l'appréciation flatteuse » dont elle jouissait (son mérite était d'offrir à tous une justice économique), il en soulignait les inconvénients, non pas tant, écrivait-il, en raison de la violation des principes de « justice éternelle » qu'en raison des tâches multiples que l'on demande à un juge isolé. Administrateurs ici, ils tendent à négliger certaines de leurs fonctions judiciaires, surtout lorsqu'il s'agit de tenir « assises » en matière de droit coutumier, craignant d'affronter des questions aussi explosives que les contestations portant « sur les femmes ou le bétail ». Magistrats là, ils s'appliquent au contraire à « rendre justice » au gré des affaires qui leur sont soumises, affrontant affaires civiles, commerciales ou correctionnelles avec une ardeur égale.

Du reste, ces justices n'allaient pas sans contrôle, même s'il ne faut se faire aucune illusion sur la rapidité avec laquelle les dysfonctionnements pouvaient être corrigés. Mais du moins, les tâches de « vérification » attestent-elles d'un réel souci d'une bonne administration de la justice et de l'attention que les Parquets portent à une meilleure formation de ceux qui sont investis des fonctions judiciaires. Deux documents (44), l'un daté de 1889, l'autre de 1900, relatifs à la Tunisie et concernant l'un et l'autre l'arrondissement Sud, c'est-à-dire celui de Sousse, permettent d'en entrevoir l'essentiel. Chargé de vérifier le fonctionnement des justices de paix, le Parquet de Sousse dresse un tableau complet et précis des avantages et des inconvénients attachés aux différentes justices de paix, tant en ce qui concerne leurs titulaires, leurs conditions de travail que les moyens

(44) Ministère de la Justice, C 5846.

à mettre en œuvre pour écarter les inconvénients signalés. A onze ans de distance, les deux rapports permettent de juger de la rapidité et de la lenteur avec laquelle on peut remédier aux uns ou enregistrer avec fatalisme les autres.

En 1889, le procureur estime que l'on ne peut se passer des « justices de paix provisoires » confiées aux administrateurs. Une tournée d'inspection l'a persuadé que leur suppression à Tozeur et Djerba était « prématurée » et occasionnerait des frais considérables. En revanche, il pense qu'à Gabès, Mahdia et Gafsa, elles sont « condamnées par leurs résultats », sans que cela condamne certains titulaires, parmi lesquels le capitaine de génie, M. Martin, qui a imprimé à sa justice de Gabès une excellente direction. En revanche, celle de Gafsa, tenue par un capitaine, a été « mal gérée » et a été le siège « d'abus sans nombre ». Le remplacement de son titulaire par un capitaine des spahis a permis un certain redressement mais les fonctions astreignantes de commandant d'un escadron le détournent des fonctions judiciaires, d'ailleurs soumises aux inconvénients d'un tempérament « à la vivacité excessive » et « d'une instruction primaire à peine complète ». Aussi, malgré le redressement moral évident, on peut déplorer des jugements « bien singuliers ». Le procureur note — détail amusant — que le nombre des affaires civiles a diminué en raison de la crainte des justiciables « pour la rudesse de l'officier » et l'habitude de ne citer que selon « son bon plaisir » inspiré de son sentiment sur les affaires « dont le jugement serait difficile à rendre ou à motiver ». Celle de Kairouan, confiée à un contrôleur civil compétent, pêche par son huissier, ignorant de la procédure « et d'un caractère léger », d'où des irrégularités nombreuses bien qu'aucune plainte n'ait été portée contre lui. Si sa probité n'est nullement en cause, c'est l'institution qui doit être modifiée pour faire face à la croissance des affaires et pour répondre au souhait du contrôleur civil d'être déchargé du cumul des fonctions. En revanche, la justice provisoire de Tozeur, confiée à un contrôleur civil, correspond parfaitement à la population « algérienne » habituée à une justice distributive et sommaire. Le faible nombre de nationaux, la plupart fonctionnaires, justifie cette justice paternelle, par ailleurs correctement rendue. Quant à celle de Djerba, longtemps présentée comme étant tenue par deux fonctionnaires (le contrôleur civil et son greffier-huissier) « despotes

réunissant tous les pouvoirs et en abusant pour asseoir dans l'île une véritable autocratie », elle est, en fait, aux mains d'un homme intelligent rompu aux affaires indigènes et d'un assistant consciencieux et zélé et on ne saurait la remplacer par une audience foraine. D'ailleurs, conclut le rapport, si après 60 ans, les justices de paix sahariennes de Géryville, du M'zab et du Souf sont encore gérées par les officiers des bureaux arabes, la situation tunisienne n'a donc rien d'exceptionnel.

Surtout, ces inspections sont l'occasion de proposer des réformes pour renforcer les différentes justices: achat d'ouvrages, nomination souhaitable d'un juge suppléant, ici, et organisation, là, d'une justice « régulière » secondée par une brigade de gendarmerie ou de la tenue d'audiences foraines, mais également réflexions sur les difficultés à trouver une solution lorsqu'une distance de 235 kilomètres à franchir à travers une région déserte isole les justiciables de leur juge ou encore invitation à interjeter appel de jugements rendus en violation de la loi.

Mais tous ces correctifs ne garantissent pas absolument une bonne justice et ne font pas disparaître les inconvénients signalés. D'une part, comment imaginer envoyer un magistrat pour aider le juge de paix alors qu'il y a partout pénurie de magistrats (En AEF, sur un effectif de 65 il y en a en réalité 35 — sans compter les maux habituels qui les frappent tous: « le paludisme, le parasitisme intestinal, les menus tracas domestiques, le cafard colonial ». D'autre part, les interventions du procureur restent théoriques: distances considérables, communications difficiles, susceptibilités à ménager, rapidité de la justice à assurer, rendent souvent ce contrôle virtuel. Alors?

Les toujours partisans des justices de paix à compétence étendue faisaient ainsi valoir ces mérites de proximité. Sans doute souvent administrateurs et trop chargés de tâches diverses, ces juges coloniaux s'exposaient-ils à des critiques. Dans la circulaire en date du 23 mai 1924 pour l'AEF, le gouverneur général, tout en reconnaissant « les moyens très faibles et la multiplicité des fonctions », constatait avec regret « qu'un certain nombre d'entre eux n'apportent pas dans l'accomplissement de leurs fonctions judiciaires toute l'attention et tout le soin désirable ». Mais, à jeter la pierre, il faut élargir l'horizon et évoquer les mille difficultés rencontrées par la

justice indigène: les interprètes pas toujours honnêtes, la multitude des plaideurs, attirés par une justice gratuite, les difficultés à imposer la conciliation pour des raisons aussi diverses que la mauvaise réputation du chef indigène ou plus simplement la réflexion faite qu' à « payer l'impôt aux blancs, il est normal qu'ils rendent la justice ». Mais du moins ces juges de proximité étaient-ils « toujours présents à leur poste » et, malgré leurs connaissances juridiques élémentaires, souvent consciencieux et bien acceptés par les populations. L'indigène, écrira le Président Sédille en 1953, est habitué à la justice personnelle de l'administrateur et ne s'étonne nullement de la présence d'un seul juge. Il ajoutait qu'imposé par les circonstances, le système, en attendant mieux, permettait de rendre à des populations, dans l'ensemble simples et confiantes, une justice acceptable.

C'est donc cette proximité géographique, juridique autant que sociologique qui fit des juges de paix coloniaux des juges difficiles à éradiquer. Proches par la facilité avec laquelle on pouvait les installer près des centres nouvellement créés ou pour faire face, en milieu indigène, à des circonstances nouvelles; proches aussi par cette extension de compétences qui signifiait, pour les justiciables, facilité de traitement des problèmes qui se posaient à eux, en même temps que la procédure simplifiée qui les caractérisait convenait autant aux colons qu'aux indigènes; proches aussi — et peut-être surtout — parce que souvent aussi administrateurs, ils correspondaient à une image, bien que contraire aux principes républicains, conforme aux contraintes coloniales: la proximité de l'administrateur s'inscrivait ainsi plus largement dans le principe colonial du respect des coutumes indigènes et celui, dérogoratoire de l'ordre public colonial, entendus, de manière extensive, comme proximité avec les attentes des populations indigènes, avec leurs usages, leurs modes de pensée. Les magistrats semblaient au contraire, outre la formation qu'ils avaient reçue, fortement tournés vers le respect des principes du droit français, davantage conformes à une proximité avec les commerçants ou industriels français (comme le dénonçait un résident au Tonkin). C'est que les fonctions confiées aux uns et aux autres les confrontaient majoritairement à des justiciables différents, à des questions différentes, à des degrés différents, différences aggravées par le fait que les administrateurs-juges cumulaient fonctions administratives et judiciaires. Sous cet angle s'éclaircissent mieux certains

conflits entre magistrats et administrateurs, les premiers dénoncia-tours de comportements contraires « au droit », les seconds mécon-tents de voir les magistrats obnubilés par le « code civil » et oublieux des populations concernées. Ainsi, l'étude des rapports politiques pour le Tonkin ⁽⁴⁵⁾ livre-t-elle une lecture appuyée de cette diffé-rence de conception entre les résidents chefs de province (« auto-matiquement » juges de paix à compétence étendue dans les ressorts où d'autres juges n'ont pas été installés mais également compétents pour la justice indigène) et les magistrats français. Ces derniers, conduits à faire prévaloir les principes du droit français, se heurtent à des « juges-politiques » soucieux d'objectifs différents, soit que la priorité donnée au maintien de l'ordre les rende compréhensifs à l'égard des mandarins, soit que les inflexions de la politique de colonisation les conduisent à réclamer moins de « raideurs » de la part des magistrats français. Ainsi se dessine une opposition, fondée sur cette idée que ce serait « une faute lourde sous un faux prétexte d'humanité et de progrès de nous priver du seul moyen d'action réel que nous possédions sur un peuple si prompt à observer et à saisir nos faiblesses et si différent de nous », faute qui consisterait, « dans un pays où le droit n'est pas arrivé à un stade de développement administratif suffisant pour que la séparation complète du pouvoir judiciaire soit une mesure durable ». La leçon qu'en tiraient les résidents (en prenant la précaution de signaler qu'il ne s'agissait pas d'une dispute entre services) ⁽⁴⁶⁾ visait nommément les magistrats français: « un magistrat français ne rentre pas — et en cela il croit faire son devoir — dans ces sortes de considérations. Il rend ses jugements sans se préoccuper des conséquences politiques que l'administration devra réparer » Or, les mandarins, les juges indigènes du premier degré et les magistrats français du tribunal d'appel s'inspirent de principes directeurs nettement opposés, en mettant en avant le respect des mentalités en vigueur auprès des populations. Au résultat, des justices de paix ayant généré des règles originales, plus conformes à leurs missions, et, en quelque sorte, un glissement progressif d'une justice de paix calquée sur la justice métropolitaine vers une justice de paix, « autonome », « coloniale », de « proxi-

(45) Archives nationales Hanoi, F03 n. 76130.

(46) Archives nationales Hanoi, G3 n. 7189.

mité », visant à rapprocher la justice du justiciable et correspondant le mieux, comme l'écrit un auteur, « aux données sociales, à la mentalité des justiciables de brousse » (47).

Il faut donc souligner combien l'extension du domaine colonial et l'appréhension de populations soumises à un droit très différent des citoyens (ce qui avait commandé la mise en place de deux justices, l'une à destination des citoyens français ou assimilés, l'autre destinée aux sujets indigènes) ont conduit à dessiner un juge colonial, condamné à reconnaître le pluralisme juridique, non dans un souci unitaire et centralisateur mais parce que la diversité s'impose et qu'il lui faut « l'ordonner ». Il est au centre d'un débat entre une colonisation généreuse, métaphysique et « rationaliste » qui entend décréter l'assimilation parce que soucieuse de donner aux indigènes ce que l'on juge être le mieux en matière de droit (le code Napoléon) et une colonisation pragmatique, concrète et « réaliste », qui pense que l'assimilation passée était davantage dictée par la paresse et qu'il vaut mieux étudier le milieu et y adapter les solutions. Le maintien des juridictions indigènes, même aménagées, en est l'élément clé, car il satisfait à l'économie budgétaire, à la couverture judiciaire des territoires, à l'ambition des juges traditionnels (qui de toutes façons organiseraient des arbitrages officieux), au réalisme politique et juridique (48). Et même si en doctrine les arguments contraires sont aussi défendus (et exprimés jusqu'au lyrisme), même si transparait chez les « réalistes » l'espoir de voir une évolution s'opérer, même si peut-être les magistrats (qui passent...) sont plus portés que les administrateurs (qui restent...) à préférer les solutions judiciaires et juridiques françaises, la pluralité des solutions juridiques et judiciaires est assumée sans trop d'états d'âme.

(47) A. ORTOLLAND, *Les institutions judiciaires à Madagascar et dépendances de 1896 à 1945*, Paris, l'Harmattan, 1993, p. 132.

(48) DO XUAN SANG, *Les juridictions mandarinales*, Thèse Paris, 1938, 205 pages.

MARTINE FABRE

LES JUSTICES COLONIALES: CLONES IMPARFAITS DU SYSTÈME JUDICIAIRE MÉTROPOLITAIN FRANÇAIS

I. Les juges, instruments d'un quadrillage judiciaire. — A. Les responsables de l'implantation judiciaire aux colonies. — B. La progression cahotante de l'implantation judiciaire. — II. Magistrats et administrateurs: acteurs involontaires d'un quadrillage judiciaire à géométrie variable. — A. Des ajustements permanents. — B. Des avatars structurels. — C. Des compétences modulables. — III. Les juges sous le contrôle de la Cour de cassation. — A. Unicité de juridiction. — B. Une compétence limitée. — C. Le recours en annulation: une solution coloniale.

À la recherche d'une « toison d'or » judiciaire, les acteurs de la conquête coloniale ont dû surmonter de nombreuses épreuves. Mais, contrairement aux héros des récits argonautiques, ils n'ont pas bénéficié de l'aide du devin Phinée pour franchir l'obstacle. Ils ont laborieusement procédé, par tâtonnements, pour quadriller d'immenses espaces d'un système judiciaire digne de ce nom.

Comme le stratège plante des petits drapeaux sur la carte des territoires gagnés, la création d'une juridiction, fut-elle rudimentaire, marque l'appropriation définitive d'un espace. Et le maillage judiciaire semble bien suivre la progression des colons et leur installation sur les contrées conquises, comme si installer une administration et une justice à l'image de la métropole était, pour le colonisateur, faire la démonstration que les cadres sont prêts pour d'une part recevoir les colons et d'autre part pour imposer à des peuples dominés une autre civilisation, un autre ordre.

C'est qu'à l'aube de la III^{ème} république, la France n'a, comme expérience de colonisation que celle réalisée dans ses « vieilles colonies », colonies de peuplement où une justice quasi identique à la métropole fonctionne bien. La conquête des territoires africains, composés essentiellement de peuples si différents et celle de l'Asie

fondée sur une civilisation très riche mais presque opposée en tout à la nôtre, est un défi tout autre.

Dans cette progression, la tendance première fut à la reproduction pure et simple du système judiciaire existant en métropole. Dès 1892, M. Chailley-Bert disait ⁽¹⁾: « Dès qu'il s'agit de nos colonies, nous n'avons plus de principes, nous dont les principes dirigent la politique; nous n'avons plus de méthode, nous dont la logique impérieuse a si longtemps été le guide. Nous vivons au jour le jour, nous errons à l'aventure, l'empirisme nous domine et nous conduit, et plus encore la routine. Si bien que, par routine pure, nous avons transporté au-delà des mers le régime même de la métropole et donné à de si différentes colonies un régime à peine différent ». Il est vrai, que les structures implantées avaient pour vocation première de donner aux métropolitains les mêmes services qu'en métropole, de maintenir un certain ordre colonial et qu'elles étaient l'occasion pour le pays conquérant de marquer de son système tant judiciaire qu'administratif les territoires nouvellement annexés. Très vite, cependant, le maillage judiciaire dessine tout le contraire d'un véritable « système judiciaire colonial ». Si l'on peut reconnaître, certes, un « noyau commun », chacune des colonies, en revanche, présente des particularités, particularités qui vont s'affiner au fur et à mesure des adaptations induites par les progrès de la colonisation. Et ce sont les avatars de cette organisation qu'il convient de peindre à grands traits.

L'analyse des textes qui ont présidé à ce quadrillage judiciaire, calqué sur des institutions métropolitaines souvent peu adaptées tant aux lieux qu'aux conditions de vie et leur étude statistique démontrent les hésitations, les modifications et les adaptations qui ont été forcément nécessaires pour permettre le fonctionnement de ces différentes institutions. Adaptations conjoncturelles, aléatoires, et autant peut-on parler de stratégie délibérée à propos du principe d'installation systématique de juridictions sur les territoires conquis, autant, il semble que la composition, la nature et les compétences de ces instances soient plutôt le résultat d'un compromis entre les besoins et les possibilités pratiques (personnel en sous nombre, distances, difficultés matérielles, coexistence culturelle...).

L'organisation judiciaire des tribunaux français de l'AOF,

(1) J. CHAILLEY-BERT, *La colonisation de l'Indochine*, Paris, Armand Colin, 1892.

l'AEF ⁽²⁾ et l'Indochine ne se présente pas de manière uniforme. De nombreux décrets, sous la troisième République sont venus adapter, modifier, créer pour chacune de ces régions des justices de paix, des tribunaux, des cours criminelles. Leur abondance même interdit de dégager des règles communes à toutes les colonies en même temps que d'avoir une vision synthétique de l'organisation judiciaire dans ces lointaines contrées, car les noms donnés aux juridictions varient d'une colonie à l'autre: Cour criminelle, tribunal criminel, tribunal supérieur, justices de paix à compétence étendue... d'autre part, les noms géographiques des lieux d'implantation de telle justice de paix ou de tel tribunal de première instance, s'ils ont le charme de l'exotisme, ne signifient pas grand chose pour le lecteur qui ne connaît pas parfaitement l'Afrique ou l'Indochine.

En revanche, il est tout à fait possible de relever quelques exemples illustrant les deux caractéristiques de cette organisation judiciaires coloniale dont le but fut de donner aux colons une justice digne de celle de la métropole et de trouver le juste équilibre entre le respect d'une civilisation et le maintien d'un ordre public colonial. Elle fut tout d'abord un moyen de marquer l'arrivée de la « civilisation » dans les territoires conquis, elle fut également une institution nécessitant des aménagements constants tant sur la composition de ses instances que sur leurs compétences.

Le juge, au sens large (magistrat professionnel ou administrateur faisant office de) est au cœur de cette construction. C'est sur lui que repose tout le système judiciaire, mais lui, en tant qu'être singulier, car derrière des noms de juridiction, se dissimule la solitude d'un juge qui, avec l'aide très souvent de non-juristes pleins de bonne volonté, mais tout à fait inexpérimentés, va tenter de résoudre les litiges qui lui sont soumis. Installer donc une personne représentative de l'autorité coloniale afin de trancher les différends et de maintenir l'ordre a permis de quadriller les territoires d'un système judiciaire de base (I). Par la suite, lorsque les colons seront venus s'installer lorsque la situation se sera régularisée, les juridictions pourront s'adapter, se multiplier et s'étoffer (II), mais, malgré quelques hésitations, l'organisme de contrôle des décisions de justice

(2) Afrique Occidentale Française et Afrique Équatoriale Française.

rendues aux colonies, du moins pour les plus importantes restera tout le temps de la colonisation la Cour de cassation (III).

I. *Les juges, instruments d'un quadrillage judiciaire.*

Pendant la phase de conquête, la justice n'est pas une priorité, elle peut être confiée aux militaires ou aux consuls comme à Madagascar. L'explication en est double. Lors de l'annexion des territoires, la plupart des métropolitains sont des militaires, de plus la question de l'ordre public revient de fait à l'armée. Mais lorsque les armes se taisent, les colons apparaissent et de véritables juridictions vont être implantées avec une structure judiciaire, même si, au début, la fonction de juge est souvent remplie par un administrateur. La première phase consiste donc dans une organisation judiciaire de base, très simplifiée mais qui déjà représente la justice métropolitaine, un symbole fort d'une colonisation réussie. Avant d'étudier la progression de l'implantation dans ces différents territoires, il importe de s'interroger, au moyen d'une étude statistique sur les véritables auteurs de la mise en place de ces institutions.

A. *Les responsables de l'implantation judiciaire aux colonies.*

Qui décide de l'organisation judiciaire des colonies? Les décisions viennent-elles exclusivement de métropole ou bien le gouverneur, sur le terrain a-t-il la main-mise sur l'implantation ou le fonctionnement des juridictions? Sans rentrer dans le système juridique dérogatoire propre aux colonies, pour lesquelles les dispositions du sénatus-consulte de 1854 ont été maintenues par la III^{ème} République, l'approche systématique de tous les textes consacrés à la création ou l'adaptation d'un système judiciaire va mettre en relief le rôle de chacun. Cela autorise une analyse différente car tant le nombre de documents objets du traitement que la rigueur dans leur codification sont un gage d'objectivité.

La stratégie coloniale sous ce régime, en matière d'organisation de la justice, concerne une très longue période, aussi, avons-nous pris le parti de la découper en trois échantillons: le corpus se compose des textes promulgués durant trois périodes: 1897 à 1913- 1914 à 1926 et 1927 à 1939 qui nous permettent une étude quantitative propre à

chacune d'elles et une comparaison entre les échantillons mettant en relief l'existence d'une évolution ou la persistance de la politique coloniale en la matière. Ces périodes n'ont pas été choisies de manière arbitraire. Il était difficile, compte tenu de la constance que réclame la domination coloniale, de fixer avec certitude des coupures. L'examen de circulaires relatives au pouvoir administratif colonial permettait de retenir avant 1914, pendant 1914 et enfin après 1930. En fait, les périodes que nous avons choisies correspondent aux étapes de croissance de l'Etat. La première période couvre les premiers temps de la colonisation jusqu'à la première guerre mondiale. La deuxième période comprend la première guerre et les séquelles immédiates jusqu'aux pleins pouvoirs confiés à Poincaré. L'année 1926 représente la fin de la crise monétaire et financière, le retour de la stabilité et de l'expansion économique. La troisième période — de 1927 à 1939 — correspond aux conditions nouvelles internationales et internes et à la crise de 1929-1930.

En 1897, la stratégie de conquête est bien avancée, de nombreuses contrées sont, pour certaines depuis peu, sous domination française. L'organisation de ces territoires conquis va alors pouvoir être mise en œuvre. La France peut remplir la mission que lui a assignée Jules Ferry: « le devoir de civiliser les races inférieures »⁽³⁾. L'abondance des textes recensés pour chaque période démontre que la mise en place d'une justice spécifique aux colonies participe activement à la mission du colonisateur. Le recensement de 1249 textes sur cette question laisse supposer, d'une part que l'organisation de la justice aux colonies n'a pas été une préoccupation mineure sous la III^{ème} République et, d'autre part, que cela n'a pas été une tâche aisée, le législateur étant contraint de procéder par tentatives successives et rectifications sur le terrain.

L'étude systématique des institutions à l'origine de cette législation, démontre que les véritables acteurs de la stratégie coloniale, en matière judiciaire, sont, sans conteste, le Président de la République et les gouverneurs.

Cette approche permet de déceler des mouvements de fond, de confirmer ce que l'on supposait, de mesurer l'importance de l'im-

(3) Jules Ferry, Journal Officiel, Débats parlementaires, Chambre des députés, séance du 28 juillet 1885.

plantation de la justice dans la stratégie de colonisation. Le traitement systématique de 1249 décrets, arrêtés et circulaires permet, dès l'abord, d'affirmer que la justice coloniale a fait partie des priorités pour l'Etat colonial. Le nombre important de textes modificatifs reflète bien les hésitations du législateur et les adaptations rendues nécessaires par les conditions d'implantation des institutions judiciaires. Les textes nouveaux, occupant une place importante même sur les dernières années étudiées, prouvent bien que, non content d'adapter des normes, le législateur, qu'il soit métropolitain (le Président) ou local (le Gouverneur), a dû procéder à des expérimentations, il n'a pas pu se contenter de reproduire un système.

Il ressort également de l'étude chronologique des textes que le partage de pouvoir entre exécutif métropolitain et local a subi des variations. Jusqu'à la première guerre mondiale, le pouvoir normatif se partage à parts égales, de 1914 à 1926, ce sont les gouverneurs qui prennent la majorité des décisions en matière judiciaire. Cette tendance s'inverse complètement de 1927 à 1939 où, à nouveau, la métropole reprend le contrôle de la justice coloniale, à cette époque où priment les prescriptions économiques et le « centralisme » (voir décrets-lois de Poincaré), induits par les contrecoups de la guerre. Cette puissance des gouverneurs s'installe pendant le premier conflit mondial et il est tout à fait explicable que le gouvernement, en métropole ait d'autres préoccupations. De plus, dans le même temps, le « Parti colonial », fort influent dans les premières années de la IIIème République, perd de sa force, il est divisé et beaucoup moins actif. A la fin de la guerre, l'Etat français peut voir dans les colonies le moyen de recouvrer sa puissance, le « parti colonial », à travers de nouveaux dirigeants redevient puissant, il n'est donc pas étonnant que la métropole récupère son pouvoir législatif sur l'empire colonial.

Derrière ces institutions, il y a des hommes et derrière ces hommes, il y a pour beaucoup d'entre eux, un lobby colonial appelé à tort « parti colonial » mais qui n'a rien d'un parti politique au sens classique du terme. Ce nom il le doit au directeur de l'Union coloniale française, fondée en 1893 par de grands négociants comme « une chambre syndicale du commerce colonial », qui lance, lors d'un banquet, cette expression de « Parti Colonial français ». Ce groupe de pression va s'organiser, infiltrer, noyauter tant l'économie que l'appareil de l'Etat et finalement déterminer la politique colo-

niale de la France. Dans notre premier questionnement: qui décide de l'organisation judiciaire, on ne peut ignorer ce lobby colonial. En effet, si la quasi-totalité des règles applicables ont eu pour auteurs soit le Président de la république soit les gouverneurs, beaucoup d'entre eux étaient issus de ce « Parti Colonial » et suivaient donc cette stratégie impérialiste voulue par une partie de la classe politique et par la grande bourgeoisie.

On ne peut prétendre parler de stratégie si l'on ne prend pas en compte cette « force, sous la IIIème République qui finira par construire un impérialisme 'made in France' » (4). Il est certain que, dans le domaine de la justice et du droit, les magistrats, hommes de terrain ont apporté leur pierre à l'édifice et ont suggéré bien des adaptations nécessaires à un fonctionnement de base de la justice coloniale. Mais à la source, au départ de métropole, lorsque les décisions sont prises, les hommes du « Parti Colonial » sont présents. Sur le terrain également, le gouverneur et les principaux administrateurs sont très fréquemment issus de ses rangs. Ils vont essayer de concrétiser ce qui se conçoit en métropole.

Deux hommes ont dominé successivement ce groupe de pression: Eugène Etienne pendant la phase de conquête et, à l'apogée de l'empire colonial, Albert Sarraut. Pendant la IIIème République, les hommes du Parti ont toujours été présents à la tête de l'Etat et dans les plus hautes fonctions coloniales. Ils ont donc joué un rôle incontestable dans la politique coloniale, dans la conception de la législation — le régime des décrets étant évidemment très favorable à leurs desseins — et forcément donc dans les choix en matière d'organisation judiciaire des colonies.

Eugène Etienne qui a tenu à ce que l'administration des territoires conquis soit donnée à des civils et non plus à des militaires, tient à créer un corps d'élite. Aussi va-t-il fonder en 1890, l'Ecole coloniale qui formera dans le même moule tous les fonctionnaires coloniaux. Une sélection sévère des candidats est imposée dès l'entrée, elle ne repose pas seulement sur les connaissances mais aussi, dit Paul Dislère, son premier directeur, « sur la valeur morale de ses futurs fonctionnaires ». Les études durent trois ans et les

(4) M. LAGANA, *Le parti colonial français: éléments d'histoire*, Presses de l'Université du Québec, 1990.

programmes traitent de la colonisation française et étrangère, de l'organisation coloniale, de la géographie, de la législation coloniale et des langues. Une Commission d'enseignement où siègent des membres éminents du « Parti Colonial » veille au contenu de l'enseignement. Au fur et à mesure la dimension économique de la formation s'accroît. Il se crée un esprit de corps entre les anciens élèves qui contribue à renforcer l'idéologie dégagée par le « Parti Colonial ». Marc Lagana ⁽⁵⁾ rapporte des propos d'Eugène Etienne parlant de l'Ecole en 1909: « Grâce à ses méthodes, à la forte éducation qu'elle donne, l'avenir de nos colonies, en effet, est désormais à l'abri de toutes les aventures. Il se développera avec la force et la majesté d'un grand fleuve qui conduit au port la barque montée par des hommes de devoir ».

Ainsi donc, par l'enseignement, le « Parti Colonial » envoie dans ces territoires lointains des cadres convaincus de l'intérêt majeur d'un impérialisme triomphant.

La majeure partie du personnel judiciaire a été formée dans cette Ecole, magistrats et administrateurs ont été imprégnés de la même idéologie, ce qui ne les empêchera pas, parfois, comme au Tonkin, de se disputer le droit de rendre la justice.

Un fait est certain: ce petit groupe d'hommes a joué un rôle moteur majeur dans la structuration des colonies, même si cette influence est le plus souvent souterraine. Avec une telle maîtrise, de l'appareil de l'état, de la formation des cadres coloniaux et des médias le « Parti Colonial » a déterminé de manière essentielle tant l'organisation judiciaire que les droits applicables dans ces lointaines contrées. Mais même en occupant les postes clés, même en détenant le pouvoir de former l'essentiel du corps des fonctionnaires coloniaux, ces représentants métropolitains vont devoir composer avec l'immobilisme colonial, avec des contingences matérielles très difficiles, avec la réaction des autochtones, avec, enfin, le libre arbitre des fonctionnaires confrontés au terrain.

S'il y a bien une volonté de créer de toutes pièces une organisation judiciaire aux colonies, si derrière cette volonté se cache un groupe de pression très influent, déterminé à installer un impérialisme triomphant, ces visées glorieuses vont donc rencontrer, sur le

⁽⁵⁾ *Op. cit.*

terrain de nombreux obstacles. Entre la théorie et la pratique, surtout dans ces lointaines contrées, il y a un gouffre et la mise en place de juridictions efficaces et accessibles à tous ne s'est pas faite dans la fluidité et la sérénité.

B. *La progression cabotante de l'implantation judiciaire.*

Avoir une vision d'ensemble des « nouvelles colonies » implique nécessairement de grandes difficultés, car les pays conquis sont très différents tant du point de vue de leur civilisation que de leur culture judiciaire. De plus les stratégies de colonisation ont varié suivant les contrées. Cette étude n'a donc pas une vocation exhaustive mais bien l'ambition de trouver quelques lignes directrices à ce processus d'organisation judiciaire.

L'installation des juridictions va suivre le développement économique et principalement le peuplement par des colons des territoires conquis. En AOF, il est tout à fait remarquable que les premières juridictions se situent le long des côtes. On imagine que, pour des raisons évidentes, les colons ne s'aventurent pas à l'intérieur des terres. Les tribunaux de première instance sont situés dans les zones les plus accessibles: le décret du 10 novembre 1903 en crée deux pour le Sénégal à Saint-Louis et à Dakar, un à Konakry pour la Guinée française, un à Bingerville pour la Côte d'Ivoire et un à Kotonou pour le Dahomey. Toutes ces agglomérations sont accessibles par la mer. Ce n'est que le décret du 16 novembre 1924 qui installera un Tribunal de première instance à l'intérieur des terres, en transformant la justice de paix à compétence étendue de Bamako, au Soudan. Ce même décret supprimera le Tribunal de première instance de Bingerville et en créera un à Grand-Bassam, ville côtière de Côte d'Ivoire proche de la précédente.

À l'intérieur des terres, en AOF, on rencontre plutôt des Justices de paix à compétence étendue, structures légères beaucoup plus faciles à mettre en place. Par le décret de 1903, seule la justice de paix à compétence étendue de Kayes est composée d'un magistrat professionnel et de personnel judiciaire et d'un fonctionnaire faisant office de ministère public. Toutes les autres juridictions de ce type disséminées au fond des terres sont instituées par le gouverneur. C'est l'administrateur de cercle qui remplit les fonctions de Juge de paix et

un fonctionnaire désigné celles du ministère public. La création de ces juridictions est fluctuante tant dans le temps que dans l'espace. Puisqu'elles sont à la discrétion du gouverneur, elles semblent suivre les besoins du moment. L'étalement chronologique de leur création paraît justifier cette opinion: deux sont créées en 1907, une en 1908, une en 1909, deux en 1911 et une en 1924. De même certaines peuvent être supprimées et d'autres créées. Ainsi celle de Kindia est supprimée en 1907 et celle de Boké est créée. Elles peuvent être transformées comme la justice de paix à compétence étendue de Bamako qui deviendra en 1924 un tribunal de première instance. En Afrique on gère la pénurie de personnel judiciaire, mais de ce fait la séparation des pouvoirs est fortement entamée.

Des cours criminelles sont instituées, en AOF, pour maintenir l'ordre public. Le décret du 10 novembre 1903 en crée une par région de la colonie, elles sont situées dans les mêmes lieux que les Tribunaux de première instance. C'est le personnel en place qui permet de former ces cours. Leur composition va différer suivant leur localisation, nous le verrons ultérieurement.

Pour l'AOF, le principe d'une seule Cour d'appel, malgré l'étendue du territoire, a toujours prévalu. Avant 1903, les possessions africaines avaient une organisation judiciaire différente. Une cour d'appel du Sénégal avait été créée par l'ordonnance du 27 mars 1844, elle siégeait à Saint-Louis. Le décret du 10 novembre 1903 va venir unifier l'organisation judiciaire en AOF. Il crée, dans son article 3, la Cour d'appel d'AOF qui siégera à Dakar. Mais elle restera encore quelques années à Saint-Louis pour permettre l'aménagement de locaux dignes de la recevoir et c'est par un décret du gouverneur du 23 juin 1906 que la Cour d'appel d'AOF sera définitivement transférée à Dakar.

En AOF, le Sénégal est au centre du système judiciaire, il a toujours été le siège de la Cour d'appel et c'est de là que le gouverneur décide des créations et du ressort des juridictions.

En AEF, la conquête est plus tardive et la structuration judiciaire a subi de nombreuses variations. Certaines juridictions ont été d'abord des justices de paix à compétence étendue, puis des tribunaux de première instance, puis à nouveau des justices de paix à compétence étendue. Ainsi une justice de paix est créée à Libreville en 1897, de 1900 à 1910, elle devient un Tribunal de première instance,

puis de 1910 à 1913 elle est à nouveau une justice de paix à compétence étendue, pour devenir définitivement un tribunal de première instance en 1913. Les autres juridictions, de Brazzaville et de Bangui ont subi les mêmes fluctuations, ce sont trois villes côtières. Hormis ces trois agglomérations où, sous une forme ou une autre, une juridiction a toujours été maintenue, les autres justices de paix à compétence étendue ont eu des sorts tout à fait aléatoires. N'Djolé et Loango créées en 1897 seront supprimées en 1900 pour être recrées en 1910 et disparaître en 1913. Deux autres, Ouesso et Madingou n'existeront que de 1910 à 1913, Cap Lopez fera preuve d'une grande pérennité en fonctionnant de 1913 à 1930.

L'AEF se caractérise donc par une instabilité chronique de l'organisation judiciaire. Il semble, à la lecture des fiches de carrière des magistrats coloniaux, que cette affectation n'obtenait pas les faveurs du personnel judiciaire. En effet, le temps de passage en A.E.F est souvent très bref et on a l'impression que le magistrat qui y était affecté s'empressait de demander son changement. Il est vrai que les conditions de vie n'y étaient pas très faciles, les descriptions faites par Louis Ferdinand Céline dans son roman *Voyage au bout de la nuit* nous inclinent à une grande compréhension vis-à-vis de ces fonctionnaires coloniaux. En 1930, aucune de ces juridictions ne subsiste en tant que justice de paix et un décret viendra créer trois nouvelles localisations: Port-Gentil, Pointe-noire et Fort-Lamy. Il est à noter que Fort Lamy est un lieu très reculé dans le Tchad et même si les conditions de transport se sont améliorées en 1930, les candidats à ce poste ne doivent pas être très nombreux. L'AEF se démarque du reste des colonies africaines. En 1947, encore, une note de Louis Courbain, conseiller à la Cour d'appel, adressée au garde des sceaux ⁽⁶⁾, à propos des justices de paix à compétence étendue, met en relief les difficultés rencontrées dans cette colonie et notamment au Tchad: « les difficultés de communication s'avèrent particulièrement grandes et graves surtout pour le Tchad qui compte près de la moitié de la population et où la propension à la délinquance violente est forte ». Il en déduit que l'organisation judiciaire doit être différente dans cette région ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Archives du Ministère de la justice C 5851.

⁽⁷⁾ Il s'agissait alors de permettre la répression des infractions par les juridictions françaises en raison de la suppression des juridictions pénales indigènes.

Ces tâtonnements et ces hésitations peuvent s'expliquer par la pénurie de personnel pour des colonies beaucoup moins attrayantes que le Sénégal et encore plus éloignées de la métropole, (en 1947, le conseiller Courbain dans sa note au ministre de la justice, relève que sur un effectif de 65 magistrats pour l'AEF, 35 seulement sont en poste). L'implantation et le quadrillage judiciaire ont donc été essentiellement conjoncturels pour l'AEF. Une Cour d'appel siégeait toutefois à Brazzaville qui détenait également la seule Cour criminelle de l'AEF. Cependant, par un décret du 19 décembre 1900, cette Cour criminelle a été autorisée à siéger éventuellement dans d'autres lieux sur décision du gouverneur.

L'Indochine, qui constitue le troisième volet de notre étude, se démarque des possessions africaines car l'installation judiciaire dans cette colonie et ces protectorats a progressé par à coups et avec des régimes d'occupation assez différents. L'on se doit de distinguer la Cochinchine où a prévalu le principe d'assimilation et où la justice indigène a disparu, des autres protectorats où la justice indigène a été maintenue à titre provisoire et pour lesquelles le maillage judiciaire était plus pauvre. La plupart des crédits du service judiciaire ont été engloutis par la Cochinchine, les structures judiciaires restant, dans les premiers temps, rudimentaires dans les autres régions de l'Indochine. En 1907, Maurice Barland écrit dans sa thèse ⁽⁸⁾: « malgré l'unification apparente, parallèle à l'unification politique, l'organisation judiciaire de l'Indochine reste double: d'une part la Cochinchine, qui accapare à elle seule les trois quart des juridictions et du personnel de la magistrature, d'autre part le Tonkin, le Cambodge, l'Annam et le Laos pourvus de quelques tribunaux français et où la justice indigène est maintenue, mais non réglementée ».

Contrairement aux colonies africaines, le législateur accorde, pour la Cochinchine, une très large place aux Tribunaux de première instance (TPI). Dès 1895, neuf TPI couvrent la plus grande partie de la Cochinchine, ils passeront à onze en 1921. Ils sont implantés sur la totalité de la Cochinchine dans des territoires parfois très reculés, mais le Mékong est une voie de navigation qui

⁽⁸⁾ M. BARLAND, *L'organisation judiciaire dans les colonies françaises autres que l'Algérie et la Tunisie*, thèse, Paris, 1907.

peut expliquer ce quadrillage. On peut également trouver une explication dans le fait que les tribunaux indigènes ont été supprimés et qu'il importe de donner une juridiction même aux endroits les plus reculés. Les autres régions sont beaucoup moins bien dotées: en 1888, à la suite du Traité de Hué, deux Tribunaux de première instance sont implantés au Tonkin et il faudra attendre 1913 pour qu'un TPI soit créé à Tourane en Annam. Le Cambodge n'en a qu'un seul également.

À la même période, seule une justice de paix à compétence ordinaire existe à Saïgon. Au Tonkin, à Hanoï et à Haiphong, on fait des économies d'échelle: c'est le juge du tribunal de première instance qui fait office de juge de paix à compétence ordinaire. Mais les décrets du 22 août 1928 et du 23 février 1931 vont créer sept justices de paix à compétence étendue essentiellement en raison de la difficulté à former des tribunaux de première instance.

En matière criminelle les cours criminelles se situent dans les agglomérations où existent déjà des TPI, mais l'Indochine a également une juridiction tout à fait originale: une commission criminelle destinée à juger des crimes commis par les indigènes contre l'ordre colonial. Le décret du 21 février 1921 crée même des cours criminelles spéciales pour les crimes et délits commis par des indigènes.

En ce qui concerne la cour d'appel, l'Indochine se démarque également des colonies africaines. En effet, le décret du 13 mai 1895 institue une Cour d'appel à Saïgon et le décret du 15 septembre 1896 crée une deuxième Cour d'appel à Hanoï. L'Indochine est partagée en deux: au nord le Tonkin et l'Annam, au sud la Cochinchine et le Cambodge. Mais cette situation ne va pas durer longtemps, dès 1898, la Cour d'appel d'Hanoï est supprimée et il n'y a plus qu'une seule Cour d'appel. Les raisons avancées pour cette réforme sont multiples: d'une part, la faiblesse du contentieux (76 décisions en 1895 et 45 en 1896 rendues par la Cour d'Hanoï), d'autre part la mauvaise image donnée de la justice française car, en raison du petit nombre de personnel et des maladies incessantes, la justice est rendue par des personnes n'ayant pas qualité pour le faire, enfin la nécessité d'uniformiser la jurisprudence en Indochine, rôle que ne peut assumer la Cour de cassation en raison de son éloignement et du coût des pourvois. La nouvelle Cour d'appel d'Indochine comprend donc les deux premières chambres qui siègent à Saïgon et

la troisième qui siège à Hanoï. On se doit de noter qu'une 4ème chambre indigène a été créée à Hanoï en 1905, émanation de la commission d'appel des juridictions indigènes, quatrième chambre qui sera au centre de la querelle pour le pouvoir judiciaire en matière indigène entre administrateurs et magistrats. Cette 4ème Chambre cristallisera également les oppositions entre partisans d'une justice indigène indépendante et défenseurs d'une justice indigène sous contrôle du colonisateur.

Pendant plus de vingt ans l'Indochine n'aura qu'une cour d'appel. C'est par le décret du 19 mai 1919 que le législateur recrée deux Cours d'appel, celle d'Hanoi et celle de Saigon, mais avec un découpage différent un peu plus compliqué. Valse hésitation donc entre unification d'un système judiciaire et volonté de distinguer colonie et protectorats. Ces fluctuations symbolisent bien le caractère « politique » de l'implantation des juridictions dans le pays colonisé et reflètent les luttes d'influence et les diverses approches du rôle des colonisateurs.

Le choix d'implantation des juridictions est fortement guidé d'une part par la progression du peuplement et les facilités d'accès de ces contrées et d'autre part par les choix d'une politique judiciaire plus ou moins bien maîtrisée. Mais derrière ces juridictions qui donnent l'illusion d'une équivalence avec la métropole, il y a très souvent un homme seul ou quelques magistrats ou administratifs qui sont absolument polyvalents; ils peuvent tout à la fois être juge au Tribunal de première instance et à la Cour criminelle quand celle-ci est constituée, et, par la quasi-institutionnalisation de l'intérim, les juges sont amenés à remplir les fonctions les plus variées. Outre donc les facteurs géographiques, d'autres paramètres vont fortement influencer la structuration des juridictions: la pénurie de personnel, les maladies, les différences culturelles jouent un rôle considérable dans ces décisions de politique judiciaire.

II. *Magistrats et administrateurs: acteurs involontaires d'un quadrillage judiciaire à géométrie variable.*

Les conditions matérielles de la colonisation ne pouvaient être ignorées en matière d'organisation judiciaire. Les voies de communication, le peuplement par les colons, le climat, tant d'éléments tout

à fait déterminants pour choisir les lieux d'installation d'une juridiction. Mais le lieu géographique d'implantation une fois choisi, encore fallait-il décider du type de juridiction que l'on allait y implanter. Le nombre de juges, le nombre d'auxiliaires de justice, les compétences. Pour répondre à cette question, le colonisateur doit prendre en compte le problème majeur lié à la pénurie de personnel. Il y a très peu de magistrats et ceux qui sont titulaires sont souvent absents en raison des conditions de vie dans ces contrées inhospitalières: les maladies graves et récurrentes, les épidémies entraînent des absences et par voie de conséquence une tentation à prolonger abusivement les vacances et autres cures thermales. Le faible effectif du personnel et l'intérim sont donc des points fondamentaux à prendre en compte.

Pour toutes ces raisons l'organisation judiciaire aux colonies n'a pas cette uniformité qui caractérise la métropole et une grande latitude est laissée aux gouverneurs dans ce domaine.

A. *Des ajustements permanents.*

L'abondance des textes en matière de justice prouve que de nombreux ajustements ont été nécessaires tout au long de la période coloniale. L'objet des textes nous informe: en effet, chaque norme est édictée, soit dans le but de créer un droit nouveau, soit pour modifier un texte existant, soit pour l'abroger ou encore pour l'interpréter. L'étude statistique des textes recensés sous la III^{ème} République en matière d'organisation judiciaire, fait apparaître les phénomènes suivants: sur la première période, de 1897 à 1913, les normes sont principalement créatrices de nouveaux droits, en matière de justice puisque 53,7% des textes (251) sont des textes nouveaux. On note cependant un réel effort d'adaptation puisque, tout de même, 37,9% d'entre eux (177) ont pour objet des modifications de règles existantes. Cela peut s'expliquer par le fait que, pour certaines colonies nouvelles, toute la structure judiciaire est à mettre en place; de 1914 à 1926, la majorité des textes se partage à parts égales entre les textes nouveaux et les modifications avec respectivement 48% (176 nouveaux textes et 177 modifications), ce qui constitue une évolution par rapport à la période antérieure où les textes nouveaux dominaient largement. Sur le dernier échantillon,

on note un très net changement par rapport aux périodes précédemment étudiées car les modifications de textes sont largement dominantes avec près de 53 % des textes (220) et les textes nouveaux occupent seulement 44,2% du corpus (soit 184). Ce phénomène est compréhensible puisque, durant la période de 1927 à 1939, la plupart des pays colonisés ont un système judiciaire déjà mis en place, il est donc normal que les aménagements de ce système soient majoritaires.

Ces tendances révélées par l'analyse quantitative des textes prouvent bien les grandes difficultés rencontrées par l'état colonisateur. Toutes ces modifications ont entraîné sur le terrain des conséquences directes sur l'organisation judiciaire.

B. *Des avatars structurels.*

L'adaptation est une condition essentielle au fonctionnement même de la justice coloniale. Elle va se manifester dans tous les domaines et particulièrement dans celui de la procédure mais la structuration même des juridictions sera en incessante évolution, au gré des contingences. Les adaptations vont concerner la nature de la juridiction, et, par voie de conséquence, sa composition.

Les juridictions instituées aux colonies ressemblent beaucoup aux juridictions métropolitaines pour la plupart d'entre elles: Juge de paix, Tribunal de première instance, Cour criminelle et Cour d'appel. On créera une juridiction spécifique: la justice de paix à compétence étendue. La Cour de cassation, seule et unique, reste, sous réserve de quelques restriction, l'ultime recours de ces lointaines juridictions ⁽⁹⁾.

Le législateur fait preuve d'imagination en créant les justices de paix à compétence étendue, en parallèle avec les justices de paix à compétence ordinaire. Peu usitées en Indochine sauf sur la dernière période, elles ont été d'un grand secours en Afrique. Cette institution, qui a toutes les compétences d'un tribunal de première instance, fonctionne avec un juge unique. Pour l'AOF, seule la justice de paix à compétence étendue de Kayes est composée d'un juge de

⁽⁹⁾ Voir *infra* § III.

paix, d'un suppléant, d'un greffier et d'un fonctionnaire désigné par le gouverneur pour remplir les fonctions de ministère public.

Pour toutes les autres Justices de paix à compétence étendue, c'est le commandant de cercle qui remplit les fonctions de juge et un fonctionnaire désigné par le gouverneur celles du ministère public. On le voit, grande économie de moyens humains, au détriment, certes, du principe de la séparation des pouvoirs, mais on a la nette impression qu'il n'y a pas d'autre solution. En AEF par exemple, il semble que selon les moyens en personnels, telle justice de paix à compétence étendue devenait un tribunal de première instance pour ensuite redevenir une justice de paix à compétence étendue et le phénomène n'était pas rare.

Les juridictions du second degré, tant en raison de la modestie du contentieux à juger que de la pénurie de personnel sont, dans un premier temps, des Tribunaux supérieurs. Ils remplissent les fonctions de la Cour d'appel, mais sont formés de manière plus légère et plus souple. Lorsque la France aura étendu sa puissance, aura quadrillé le territoire de sa toile administrative, lorsque les colons seront installés en nombre suffisant, ce Tribunal supérieur deviendra une véritable Cour d'appel et cette installation est assez symbolique d'une colonisation aboutie, on a enfin réussi à reproduire, du moins formellement, le modèle métropolitain.

La composition des cours criminelles reflète également ce sens pratique, elle varie suivant que la cour criminelle siège dans la même ville que la Cour d'appel ou ailleurs. Ainsi la Cour criminelle de Saïgon est composée de trois conseillers à la Cour d'appel, de deux assesseurs désignés parmi les notables et d'un avocat général ou d'un substitut au procureur général. Pour les autres cours criminelles disséminées sur tout le territoire, seul un conseiller de la Cour d'appel est représenté, les autres membres la composant sont recrutés auprès de juridictions locales. Exactement la même solution a été adoptée en AOF où seule la Cour d'assises de Dakar bénéficie d'une composition comprenant trois conseillers de la Cour d'appel.

Les multiples changements structurels concernant la juridiction d'appel pour l'Indochine, sur trois ans, démontrent bien les hésitations et les incertitudes du législateur quant à la mise en ordre judiciaire des colonies: en 1895, la Cour d'appel de Saïgon est composée d'un président d'un vice président de 7 conseillers d'un

greffier, de commis greffiers et du ministère public. En 1896 est créée la très éphémère Cour d'appel d'Hanoï composée d'un président de 3 conseillers, 1 procureur, 1 substitut et 2 attachés de parquet. Dès 1898, cette Cour est supprimée, il n'y a plus qu'une seule Cour d'appel d'Indochine qui comprend, pour les deux chambres siégeant à Saïgon: 1 président, 1 vice-président, 10 conseillers, 1 greffier et des commis greffiers ainsi que le ministère public, et pour la Chambre siégeant à Hanoï: 1 vice-président, deux conseillers, greffier et commis. Ce n'est que vingt ans plus tard que l'on reviendra à deux Cours d'appel pour l'Indochine. Se créent alors des postes de présidents de chambre, 15 postes de conseillers, plusieurs d'avocats généraux. Cette profusion d'emploi sera maintenue par le décret de 1928. Il est vrai que l'Indochine est très demandée et qu'il est tout à fait prestigieux de finir sa carrière à Saïgon.

Les fonctions de juge sont plus modestement pourvues en Afrique. Jusqu'en 1902 le tribunal d'appel n'est formé que d'un président, de 3 juges, du procureur de la république près du Tribunal de première instance et du greffier du même Tribunal. On fonctionne à l'économie, le même magistrat peut occuper plusieurs postes, à la demande. Ce n'est qu'en 1903, lorsque sera créée la Cour d'appel de l'AOF que cette juridiction aura une composition digne d'une véritable Cour d'appel.

Il y a donc bien une organisation judiciaire coloniale, mais elle n'a pas la rigidité de la métropole, la priorité est donnée à son existence même, c'est-à-dire que quelles que soient les circonstances, il faut que la justice soit rendue, même si les magistrats ne sont pas professionnels, même si c'est l'administrateur qui juge, même si c'est un fonctionnaire non-juriste qui siège.

La justice française symbolise la civilisation européenne, elle se doit d'être présente pour assurer aux colons les mêmes garanties qu'aux justiciables métropolitains, elle veut également amener la modération auprès de peuples aux vengeances souvent terribles, aussi se doit-elle avant tout d'exister et de quadriller du mieux possible les zones conquises.

Derrière cette façade formelle de juridictions à peu près identiques à la métropole, se mettent en place des attributions qui doivent impérativement prendre en compte l'originalité coloniale et

le fait qu' il existe à la fois des justiciables indigènes et des justiciables métropolitains.

C. *Des compétences modulables.*

C'est donc également à travers les compétences attribuées à ces juridictions que le législateur fait preuve d'inventivité car il n'est pas aisé de déterminer qui jugera quoi quand on veut tout à la fois donner aux colons une justice qu' ils auraient eue en métropole et respecter les coutumes indigènes tout en permettant au peuple colonisé d'avoir recours aux juridictions métropolitaines s'il le désire ou du moins de lui offrir l'arbitrage de ces juridictions. Pour schématiser, il existe:

— Une organisation judiciaire métropolitaine propres aux colons et aux étrangers. Elle concerne le droit privé et le droit commercial.

— Une organisation judiciaire destinée à maintenir l'ordre public colonial, en matière pénale: les colons sont justiciables de ces tribunaux, mais aussi tout indigène qui porte atteinte à cet ordre public est soumis aux juridictions métropolitaines.

— Une justice indigène qui concerne les affaires entre indigènes ⁽¹⁰⁾ qu' elles soient privées ou pénales mais le colonisateur reste un recours et a un droit de regard sur ces décisions par le biais de tribunaux spéciaux qui homologuent les jugements des juridictions indigènes en matière pénale ou par le moyen du pourvoi en annulation devant la cour d'appel.

Cette présentation sommaire cache des solutions très différentes car, si la justice destinée aux métropolitains ne pose que des problèmes matériels, le maintien de l'ordre public et la justice indigène relèvent de manière sous-jacente d'une idéologie. En effet tant il est normal d'assurer aux colons le même service judiciaire qu' en métropole, dès que le colonisateur juge l'indigène, la question de sa légitimité à imposer un système juridique culturellement très éloigné à des autochtones va inspirer de nombreux auteurs.

Le colonisateur, en ce qui concerne le maintien de l'ordre

⁽¹⁰⁾ Sauf en Cochinchine où c'est le magistrat métropolitain qui applique la loi indigènes.

public, ne marque guère d'hésitation. Ce sont les tribunaux français qui vont juger de toute atteinte à l'ordre colonial. Toutefois, les juridictions judiciaires seront déchargées des « petits délits » indigènes par la mise en place du système de l'indigénat qui donne compétence à l'administrateur.

Mais c'est en matière de justice indigène, qu'elle traite du droit civil, commercial ou pénal, que les systèmes ne sont pas uniformes. Les partisans d'une politique d'assimilation prônent la disparition pure et simple des juridictions locales au profit du système judiciaire français, quel que soit le domaine litigieux. C'est le système qui est mis en place en Cochinchine où les juges métropolitains tranchent les litiges entre indigènes mais en s'appuyant sur leurs lois, ce qui pose le problème essentiel de leur codification et de leur application. Il faut ajouter à cette difficulté le fait que, contrairement à ce qui était exigé dans les textes, les juges ne maîtrisent pas tous la langue locale et ont recours à des interprètes.

Plutôt inspirés d'une politique d'association, les autres systèmes laissent subsister les juridictions indigènes, notamment pour tous les droits personnels, sous réserve d'avoir recours, à la demande, aux juridictions métropolitaines, soit qu'on les choisisse pour trancher le litige, soit qu'on leur demande leur arbitrage à propos d'une décision rendue par une juridiction indigène. On se trouve alors en présence de deux systèmes juridiques parallèles avec des points de jonction et des échanges réciproques, ainsi tel juge français aura deux assesseurs indigènes, à l'inverse telle juridiction indigène rendra la justice en présence de l'administrateur garant du bon fonctionnement. La justice française n'est alors pas imposée à l'indigène (du moins lorsqu'il n'a pas commis un délit contre un européen ou portant atteinte à l'ordre colonial), elle lui est offerte comme une option: un système hybride où l'indigène peut rester en dehors de l'organisation judiciaire coloniale mais où le juge français se place en situation d'arbitrer des litiges. Cette tâche va être difficile car elle implique que le magistrat métropolitain maîtrise les coutumes locales. Une solution qui présente l'inconvénient de faire casser des décisions rendues par des juges indigènes par des juges colonisateurs, déconsidérant ces derniers auprès de leurs pairs.

De toute façon, même si la France a décidé de conserver les juridictions indigènes, elle les a maintenues à ses conditions. En

effet, il résulte de l'étude statistique que de 1897 à 1939, 108 textes ont été consacrés par le législateur colonial aux tribunaux indigènes, avec une plus forte activité de 1914 à 1926 où ils représentent près de 14% des textes organisant la justice à cette époque. C'est principalement par arrêtés ou circulaires que ces modifications sont faites, c'est donc un domaine qui est laissé au pouvoir du gouverneur, domaine que l'on peut imaginer éminemment « politique ».

Le partage des compétences en fonction de la matière, selon les personnes a été un enjeu colonial, une question qui n'a pas été facile à résoudre et les solutions adoptées ont, aussi, bien varié car il n'a pas toujours été facile de passer des bonnes intentions métropolitaines à une application effective sur le terrain. Ceci d'autant plus que pour beaucoup d'indigènes, le pouvoir judiciaire n'était qu'une composante du pouvoir du chef, de l'autorité. Ainsi, priver le chef de la collectivité de cet attribut comme en Cochinchine, ou le soumettre au contrôle de la puissance coloniale entraîne forcément une remise en cause d'un système culturel établi de longue date.

L'organisation judiciaire, dans les colonies d'Afrique et d'Asie, est indiscutablement complexe tant en raison de contingences matérielles que parce qu'elle est à la frontière entre deux civilisations, deux cultures. Elle repose sur des hommes qui, loin de chez eux, confrontés à des conditions matérielles très dures vont devoir s'adapter, résister physiquement, trouver leur place face à des indigènes parfois hostiles, voire très hostiles, dont ils ne connaissent pas grand chose. Entre l'organisation théorique pensée en métropole où, soit par manque d'imagination, soit par une croyance indéfectible dans la supériorité de notre civilisation, on a simplement décidé de reproduire dans l'empire colonial le système judiciaire métropolitain et la mise en place effective, sur place, de ces institutions, il y a eu un large fossé que les personnes en poste ont essayé de combler en ayant pour objectif premier que la justice soit rendue: peu importait que les personnes qui la rendaient ne soit pas parfaitement qualifiées, peu importait que les règles de procédure n'aient pas été scrupuleusement respectées, peu importait que le droit ne soit pas forcément adapté faute de promulgation d'une loi, il fallait que la justice passe...

Le seul point fixe, dans cette mouvance absolument incontournable pour la survie du système, c'est la Cour de cassation. En effet,

lorsque le juge rend une décision, même si celle-ci est rendue à des milliers de kilomètres de Paris, il peut être soumis à la censure de la Cour de cassation.

III. *Les juges sous le contrôle de la Cour de cassation.*

Même si les litiges en matière coloniale présentent une spécificité affirmée, c'est la juridiction métropolitaine composée à l'identique qui juge ces lointaines décisions et ceci malgré plusieurs tentatives de création d'une Cour de cassation spécifiquement coloniale. Contrairement au Conseil d'état, la Cour de cassation n'a pas, pour les décisions rendues aux colonies, la même compétence que pour les arrêts ou jugements en provenance de métropole. Une possibilité tout à fait originale est cependant offerte au plaideur: le recours en annulation devant la cour d'appel de la colonie qui « remplace le recours en cassation », mais cette faculté est seulement ouverte dans des cas bien particuliers. La législation limite également les possibilités de pourvoi en fonction des personnes et, suivant les colonies, le droit de recours est plus ou moins ouvert aux indigènes. Parmi donc les problèmes que la Haute juridiction a eus à résoudre, arrive en bonne place celui de la recevabilité du pourvoi.

La Cour de cassation, en s'appuyant sur les textes de manière rigoureuse, puisqu' elle est la garante d'une bonne application de la loi, révèle la disparité existant entre les colonies. En effet, à travers le droit au recours devant la Haute juridiction tant dans son champ d'application, dans la détermination des décisions qui en sont susceptibles que du point de vue des personnes qui sont recevables à l'exercer, apparaissent des différences de traitement. Suivant les colonies la décision de telle juridiction pourra faire l'objet d'un pourvoi ou pas, l'indigène pourra se pourvoir en cassation ou pas, l'avocat-défenseur sera habilité à déposer un pourvoi ou bien il lui faudra, pour ce faire détenir un pouvoir spécial de son client.

Une des questions qui s'est posée est celle de savoir si la Cour métropolitaine est apte à juger des affaires coloniales ou s'il faut instituer une juridiction particulière. Malgré plusieurs tentatives il a toujours été maintenu une Cour unique pour juger tant des litiges métropolitains que coloniaux (A). Le deuxième problème à résoudre était celui de la compétence de la Haute juridiction. Le législa-

teur a tenu à limiter la compétence de la Cour de cassation, restriction suivant le domaine ou suivant les personnes. De nombreux textes, propres à chacune des colonies, sont venus organiser ce recours (B). Mais une solution de remplacement, spécifique aux colonies, a été prévue pour les décisions ne pouvant faire l'objet d'un pourvoi: le recours en annulation (C).

A. *Unicité de juridiction.*

L'idée a tenté le législateur, à plusieurs reprises, de créer une Cour de cassation spéciale pour juger des affaires coloniales. Crépon nous apprend ⁽¹¹⁾ « qu' après 1789, alors que s'élaboraient les grandes lois d'organisation judiciaire, on eut la singulière pensée d'établir un tribunal spécial de cassation pour les colonies et particulièrement pour nos établissements de l'Inde ». Ces tribunaux auraient eu leur siège dans la colonie et il y aurait eu autant de tribunaux que de colonies. Les législateurs de 1791 et 1792, après un très vif débat écartèrent les propositions faites par plusieurs députés des colonies d'abord en 1791 et ensuite le 27 thermidor an III. La Cour de cassation, se vit conférer les attributions du Conseil des parties, mais « débarrassées du droit de révision et d'appréciation nouvelle des faits » ⁽¹²⁾.

L'idée de créer une juridiction suprême pour juger des décisions coloniales refait surface en 1902. Mais il n'est plus question de décentraliser cette juridiction dans les différents groupes de colonies, mais, plutôt de créer, à Paris, au sein même de l'institution, une formation spécifique pour juger des affaires coloniales. Ce projet de réforme repose sur deux critiques portant sur le système alors en cours: le recours en annulation prive les Français de la colonie d'un régime plus avantageux pour eux d'une part et les indigènes « seraient dans bien des cas désarmés, souffrant de décisions à peu près à l'abri de tout contrôle, et livrés sans ressources aux solutions simplistes de l'arbitraire ». « Le louable souci de respecter la législation et les coutumes indigènes a eu pour résultat d'assurer la survivance de juridictions indigènes ou la création de tribunaux

⁽¹¹⁾ T. CREPON, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, 1892.

⁽¹²⁾ Id.

hybrides dont les décisions ne peuvent être déferées à la Cour de cassation, faute de dispositions légales expresses et se trouvent échapper ainsi à la surveillance la plus nécessaire » (13).

Ainsi François Deloncle propose à la Chambre des députés, le 11 novembre 1902, de généraliser le recours devant la Cour de cassation et de créer une quatrième Chambre chargée de régler les affaires (14) en matière coloniale indigène, tant au civil qu'au criminel. En limitant la compétence de cette chambre à la matière indigène, on éliminait le risque d'une diversité de lignes entre plusieurs chambres. Ce projet n'est pas adopté car les pourvois en matière coloniale ne sont pas assez nombreux et, ce d'autant plus que seuls les pourvois en matière indigène sont concernés, les pourvois coloniaux jugés selon la loi française restant à la charge des autres chambres, ce qui réduit encore plus le contentieux. En 1903, François Deloncle, suggère, cette fois, de créer « trois nouveaux emplois de conseillers et un emploi d'avocat général, réservés aux membres de la magistrature coloniale. Il sera pourvu à la dépense résultant de cette création par un contingent qui sera inscrit comme suit aux dépenses obligatoires des budgets coloniaux de l'Indochine, de Madagascar et de la Côte occidentale d'Afrique: Indochine, 40.000; Madagascar, 16.000; Côte occidentale d'Afrique, 16.000 ». Cette nouvelle proposition n'a pas plus de succès. En effet, on ne voyait pas l'intérêt de créer de nouveaux postes de conseillers alors que la Cour de cassation n'était pas surchargée ou retardée par des pourvois coloniaux.

En 1909, dans le projet de loi portant fixation du budget 1910, le même député dépose un amendement visant à créer, à Paris, une Cour supérieure coloniale. Il revient donc à l'idée défendue au moment de la révolution, de créer un organe indépendant. Ce projet n'a pas plus de réussite que les deux précédents. On ne pouvait créer une telle institution par le simple biais d'un amendement, de plus une telle création pouvait être à l'origine de conflits d'attribution ou de contrariétés de décisions. Enfin, ce nouvel amendement limitait la compétence de cette Cour supérieure coloniale à l'Indochine, Ma-

(13) E. HILD, *L'organisation judiciaire en AOF*, Thèse, Paris, ed. Larose, 1912.

(14) Proposition de loi Deloncle. Ch. Des Dép., S. E., 1902, 11 nov., Doc. Parl., S. E. 1902, p. 327.

dagascar, l'AOF et le Congo créant ainsi un déséquilibre entre les colonies, contraire à l'esprit même de la Cour de cassation qui tend à donner une unité de traitement aux problèmes juridiques. Comment envisager un traitement uniforme du droit indigène pour des coutumes et des civilisations si différentes? Ainsi, la cour d'annulation propre à chacune des colonies semble plus à même de garantir cette uniformité de traitement.

Malgré donc toutes les vellétés de créer une Cour supérieure propre à juger des affaires coloniales, c'est bien la Cour de cassation dans une formation identique à la métropole qui va régler les litiges coloniaux, mais pas tous les litiges coloniaux.

B. *Une compétence limitée.*

Les règles de compétence constituent un maquis de textes et de solutions dissemblables. Pour apprécier le rôle de la Haute juridiction, il importe d'en dresser sommairement un inventaire. Les possibilités de pourvoi en matière civile et commerciale ne suivent pas le même régime que l'ouverture de ce recours en matière pénale. Une synthèse des normes applicables par groupe de colonies permettra d'approcher la spécificité du recours en cassation en matière coloniale.

Le principe général applicable est le suivant: aux colonies, le pourvoi en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort n'est ouvert qu'en vertu d'un texte, donc s'il n'y a pas de texte, il n'y a pas de pourvoi possible. Ainsi, aucun texte n'ouvrant la voie de recours contre la commission mixte du Kouang-Tchéou-Ouan, le pourvoi est irrecevable⁽¹⁵⁾. Le doute avait été un moment permis car un arrêt de 1911⁽¹⁶⁾ avait semblé admettre que le pourvoi en cassation était ouvert contre toutes les décisions rendues par les tribunaux français pourvu qu'elle soit en dernier ressort, et que cette règle s'étendait aux tribunaux français établis dans les pays de protectorat, sauf dispositions exceptionnelles, mais cette jurisprudence est restée isolée.

En métropole, c'est l'article 2 de la loi du 27 novembre 1er

(15) Cass. Crim., 4 septembre 1913, Recueil Daresté 1914, p. 11.

(16) Cass. Crim., 15 novembre 1911, Recueil Daresté 1912, p. 43.

décembre 1790 qui a posé la base du recours devant la Haute juridiction: la Cour connaît de tous les pourvois contre les jugements rendus en dernier ressort, à l'exception des décisions des juges de paix (article 4). La loi du 27 ventôse an 8 va ouvrir le pourvoi contre les décisions de juge de paix rendues en dernier ressort en cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir.

Dans les colonies, la situation n'est pas uniforme. En matière civile et commerciale, pour certaines colonies, la situation est quasi identique à la métropole: en Guyane ⁽¹⁷⁾ le pourvoi est ouvert contre tous les arrêts et jugements rendus en dernier ressort; en Inde française ⁽¹⁸⁾ contre tous les arrêts et jugements de la Cour et des tribunaux d'instance, à la Réunion ⁽¹⁹⁾, contre les arrêts de la Cour royale et contre les jugements en dernier ressort rendus par les tribunaux ou contre les jugements rendus sur appel des décisions des justices de paix,

Pour l'AEF, la situation a évolué: en 1913 ⁽²⁰⁾ le pourvoi est ouvert contre toutes les décisions rendues en dernier ressort mais cette situation change en 1930 ⁽²¹⁾, le décret restreint le pourvoi aux décisions de la cour d'appel. La réduction des possibilités de pourvoi ne va pas durer, dès 1931 ⁽²²⁾ le pourvoi est ouvert à nouveau contre toutes les décisions à l'exception de celles qui sont soumises au recours en annulation (JPO, JPCE et TI ⁽²³⁾ dans certains cas). Le Cameroun a une situation identique à celle de l'AEF.

En Nouvelle Calédonie ⁽²⁴⁾, le recours devant la Cour de cassation est possible contre tout jugement en dernier ressort du Tribunal d'instance, du tribunal de commerce et du tribunal supérieur d'appel,

En Indochine, à l'origine, aucun pourvoi n'est possible, mais en 1868, un décret ⁽²⁵⁾ ouvre cette voie de recours, en matière civile et

⁽¹⁷⁾ Ord. du 21 décembre 1828, art. 25.

⁽¹⁸⁾ Ord. du 7 février 1842, art. 72 et 73.

⁽¹⁹⁾ Ord. 30 septembre 1827 art. 42.

⁽²⁰⁾ D. du 16 avril 1913, art.31.

⁽²¹⁾ D. 24 juillet 1930.

⁽²²⁾ D. 31 mai 1931.

⁽²³⁾ Juge de paix ordinaire, juge de paix à compétence étendue, tribunal d'instance.

⁽²⁴⁾ D. 28 novembre 1866, art. 89.

⁽²⁵⁾ D. 7 mars 1868, art. 5.

commerciale contre « toutes les décisions des tribunaux français ». Pour Madagascar, également, après une interdiction de tout pourvoi décidée en 1896 ⁽²⁶⁾, ce recours est ouvert très largement en 1897 ⁽²⁷⁾, mais seulement en matière civile et commerciale.

Pour d'autres territoires, le pourvoi devant la Cour de cassation est plus réduit. Il est ouvert, en matière civile et commerciale seulement contre les décisions des cours d'appel: pour Saint Pierre et Miquelon, le décret de 1833 ⁽²⁸⁾ n'ouvre cette voie que contre les décisions du tribunal supérieur, le commentateur ⁽²⁹⁾ fait remarquer que le législateur ne parle pas des décisions rendues en dernier ressort par le tribunal d'instance qui ne sont pas non plus susceptibles d'un recours en annulation, s'agirait-il d'un oubli? Pour l'Océanie ⁽³⁰⁾ également seules les décisions du tribunal supérieur sont susceptibles de pourvoi. En AOF et au Togo, la solution est la même ⁽³¹⁾, le pourvoi est restreint aux arrêts de la Cour d'appel. La Côte des Somalis ⁽³²⁾ et les Nouvelles Hébrides sont soumises au même régime. Pour toutes ces colonies, les décisions rendues par les autres juridictions, relèvent de la seule voie du recours en annulation.

En matière civile et commerciale il y a donc deux groupes de colonies, celles qui suivent à peu près le régime du pourvoi en métropole et celles pour qui cette voie de recours est réduite aux pourvois contre les décisions rendues en appel.

En matière pénale, la situation est encore plus complexe. Il faut dire, dès l'abord que, dans beaucoup de territoire, le pourvoi en cassation, en matière répressive est exclu dans les premiers temps de la conquête. Tel est le cas de la Réunion où le pourvoi en matière pénale ne sera autorisé que 35 ans après la première organisation judiciaire ⁽³³⁾; en Inde, également, le pourvoi a été longtemps limité à la matière civile et c'est le décret de 1883, en rendant applicable le

⁽²⁶⁾ D. 9 juin 1896, art. 27.

⁽²⁷⁾ D. 12 juin 1897.

⁽²⁸⁾ D. 26 juillet 1833, art. 38 et 128.

⁽²⁹⁾ Dareste, p. 489.

⁽³⁰⁾ D. 1 juillet 1880, art. 10.

⁽³¹⁾ D. 10 novembre 1903, art. 37.

⁽³²⁾ D. 4 février 1904, art. 14.

⁽³³⁾ L'ordonnance du 30 septembre 1827 interdit tout pourvoi et ce n'est qu' en 1862 qu' il sera autorisé, mais encore sous conditions.

Code d'instruction criminelle métropolitain qui l'a consacré; en Nouvelle-Calédonie, au début de la colonisation, en matière criminelle, seuls les pourvois dans l'intérêt de la loi sont possibles, le décret du 27 mars 1879 ouvre le pourvoi en matière pénale. La situation est identique en Indochine où, dans les premiers temps, seul le pourvoi dans l'intérêt de la loi est autorisé. A Madagascar, en 1896 le pourvoi en matière répressive n'est pas ouvert, le décret du 24 mai 1905 offre cette possibilité mais elle est limitée.

Dans la mesure où le pourvoi en matière pénale est ouvert, on peut classer les colonies en trois groupes.

Pour certaines d'entre elles, le pourvoi a le même régime qu' en métropole ou presque. C'est le cas pour les Indes françaises, la Nouvelle Calédonie, l'Indochine, l'AEF et le Cameroun; pour ces deux dernières, il y a eu une volonté de restriction en 1930, le législateur limitait le pourvoi aux arrêts de Cour d'appel et de la Cour criminelle, mais dès 1931, un nouveau décret est venu élargir à nouveau les facultés de pourvoi en instituant, tout de même le recours en annulation pour les décisions de faible importance⁽³⁴⁾.

Le deuxième groupe est constitué de colonies pour lesquelles le pourvoi est limité aux arrêts de Cour d'appel ou de Cour criminelle. Il s'agit principalement de l'AOF, du Togo, de Saint-Pierre et Miquelon, de l'Océanie, de la Côte des Somalis et des Nouvelles Hébrides. Toutes les décisions de première instance rendues en dernier ressort relèvent du recours en annulation.

Le dernier groupe est constitué de colonies pour lesquelles la possibilité de pourvoi est assez réduite, tant sur les conditions du pourvoi, que sur les personnes recevables à l'exercer. Aux Antilles et en Guyane, le pourvoi est limité aux arrêts de la Cour d'appel en matière correctionnelle et à ceux de la Cour criminelle mais, de plus, il ne peut être fondé que sur des motifs très précis, tels que: la composition de la Cour d'assises, l'incapacité des assesseurs, le serment... Ou bien l'incompétence ou la violation de la loi pénale. La Réunion suit le même régime mais beaucoup plus tard puisque le pourvoi en matière pénale a été longtemps impossible. A Madagascar, c'est plutôt du côté des personnes recevables à agir que se situe la restriction: interdit dans un premier temps, il est ensuite ouvert

⁽³⁴⁾ Décret du 16 avril 1913, décret du 24 juillet 1930 et décret du 31 mai 1931.

seulement aux européens, pour être enfin admis pour les indigènes 25 ans après.

Les raisons de ces variétés de régimes peuvent s'expliquer par la volonté de maintien de l'ordre, par la nécessaire rapidité de décision, par les difficultés d'organisation ou de communication, par la priorité donnée à la sauvegarde de l'ordre public laissée entièrement aux soins des administrateurs locaux.

Quelle est la part de stratégie coloniale fondée sur une détermination à limiter les recours afin de rendre les décisions de justice immédiatement efficaces, quelle est la part imposée par une organisation judiciaire difficile à mettre en place? Il y a eu, cela ne fait aucun doute une certaine stratégie dans l'ouverture des voies de recours, mais a-t-elle été globale et l'on pourrait alors parler de stratégie coloniale ou bien ponctuelle et propre à chacune des colonies, elle relèverait alors plus d'un certain pragmatisme que d'une réelle intention d'avoir une maîtrise globale du système judiciaire colonial. Quoi qu'il en soit, il ne semble pas qu'il y ait eu une volonté de soustraire des affaires à la Cour de cassation pour exclure cette juridiction et lui enlever des pouvoirs. Il semble plutôt que le législateur n'a ouvert le pourvoi que lorsqu'il a estimé que la machine judiciaire pouvait fonctionner à peu près normalement dans ces territoires en le limitant à des affaires dont le montant pouvait justifier le recours, très lourd, à une juridiction aussi éloignée. Pour le reste du contentieux, il met à la disposition du justiciable le recours en annulation, institution propre au monde colonial, qui fait office de Cour de cassation.

C. *Le recours en annulation: une solution coloniale.*

Oeuvre d'imagination, le recours en annulation fait partie de ces institutions créées tout spécialement pour les colonies, adaptation inévitable aux contingences matérielles. Sous l'expression « recours en annulation » se dissimulent deux fonctions différentes: c'est à la fois un dernier recours pour les affaires en matière française de peu d'importance qui ressemble fort à un recours en cassation local, mais aussi une possibilité de contrôle des décisions rendues par les juridictions indigène et ainsi une garantie pour le justiciable autochtone.

Les métropolitains, peuvent avoir recours à cette formation de la Cour d'appel contre les décisions rendues en dernier ressort par le juge de paix et les tribunaux de première instance dans trois cas: violation de la loi, excès de pouvoir ou incompétence ⁽³⁵⁾. Les indigènes, dans la mesure où ils ont opté pour les juridictions françaises, bénéficient du même traitement. Le recours en annulation en matière de tribunaux indigènes fonctionne un peu différemment mais relève de la même formation ⁽³⁶⁾. Pour l'Algérie, par exemple, il a été décidé par l'article 37 du Décret du 13 décembre 1866 que les sentences rendues en dernier ressort par les cadis et les juges de paix appliquant la loi musulmane, ainsi que les arrêts rendus, par les juridictions françaises sur appel de ces sentences ne sont pas susceptibles de recours en cassation. Il en va bien sûr tout autrement si les indigènes ont choisi d'être jugés selon la loi française. Dans la mesure où les juridictions indigènes appliquent leurs propre loi, la Cour de cassation ne peut en contrôler l'application, aussi une solution identique a-t-elle été adoptée pour le Sénégal, pour Mayotte et Nossi-Bé. Seuls les décrets organisant la justice en Cochinchine, ouvrent la possibilité d'un recours en cassation pour les arrêts de la Cour d'appel statuant en matière indigène. Donc, pour beaucoup de décisions, la Chambre d'annulation constitue l'ultime recours du justiciable.

Le recours en annulation a été mis en place en raison de l'éloignement qui, malgré les progrès opérés par les transports durant la colonisation, reste encore conséquent et à cause de l'impossibilité pour les justiciables de fournir de trop gros efforts pécuniaires. Il apparaît pour la première fois dans l'ordonnance du 27 septembre 1827 organisant le service judiciaire à la Réunion. Et chose curieuse, il apparaît dans sa forme définitive, alors qu' en métropole, on hésite encore sur le rôle de la Cour de cassation. Il sera petit à petit étendu à toutes les colonies avec certaines variantes comme nous l'avons vu précédemment. Plus la possibilité de pourvoi en cassation est restreinte plus large est le recours en annulation.

⁽³⁵⁾ Le régime diffère un peu d'une colonie à l'autre, pour plus de renseignement se reporter au paragraphe relatif à la limitation de compétence de la Cour de cassation.

⁽³⁶⁾ Là aussi des nuances et des variantes existent entre les différentes colonies et les différentes périodes.

Il s'agit là d'une expérimentation tout à fait originale. « On substitue une juridiction locale, plus proche, à la Cour de cassation lointaine, mais nul ne peut recourir en annulation dans un cas où dans le régime métropolitain, toutes conditions égales, la voie de cassation lui serait fermée, ni faire produire à un recours en annulation plus d'effets qu' à un recours en cassation »⁽³⁷⁾. Le recours en annulation est ouvert contre les décisions les moins importantes rendues par les tribunaux français en matière française et indigène et pour celles des juridictions indigènes.

La majorité de la doctrine de l'époque, dont principalement Girault et De la Barre de Nanteuil, est favorable à cette « voie originale »⁽³⁸⁾ qui « serait un moyen de déconcentration maintenant un recours régulateur pour les affaires représentant des intérêts modiques ». Certains auteurs y sont opposés comme MM Tarbé et Sarrut⁽³⁹⁾. Sarrut déplore seulement la diversité des régimes d'une colonie à l'autre, mais Tarbé est beaucoup plus vindicatif « cette délégation aux tribunaux supérieurs des colonies du pouvoir que les constitutions n'avaient confié qu'à la Cour de cassation établie près du Corps législatif et siégeant sous les yeux du gouvernement me paraît avoir quelques dangers. N'est-ce pas une bien grande puissance que celle dont se trouvent investis ces tribunaux composés, en partie, d'administrateurs, d'officiers civils ou militaires, de notables ou d'assesseurs, c'est-à-dire de personnes étrangères à la magistrature et à l'étude des lois...? Cette souveraineté sans limite me paraît exorbitante ». Théophile Crépon, conseiller à la Cour de cassation⁽⁴⁰⁾, considère cette attitude excessive. Il pense que M. Tarbé se méprend sur la portée du recours en annulation puisque cette voie de recours est limitée aux décisions en dernier ressort des juges de paix, c'est-à-dire aux affaires très modestes. Il trouve sage la dérogation au droit métropolitain, limitée comme elle l'a été: « cette

⁽³⁷⁾ R. OLIVIER, *A propos du recours en annulation en Indochine*, Penant, 1939, p. 37.

⁽³⁸⁾ M DE LA BARRE DE NANTEUIL, législation de Bourbon (de la Réunion à la 2e édit.). A. GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Sirey, 1929; HILD, *L'organisation judiciaire en AOF*, Thèse, Paris 1912.

⁽³⁹⁾ TARBE, *Cour de cassation, lois et règlement à l'usage de la Cour de cassation*, 1840, Videcoq, Paris, Sarrut, note au DP, 1901, p. 473.

⁽⁴⁰⁾ T. CREPON, *Du pourvoi en cassation*, op. cit.

dérogration nous paraît se justifier par la nécessité d'économiser le temps et les frais à des contestations d'aussi minime importance que celles sur lesquelles les juges de paix statuent en dernier ressort ».

M. Tècle-Courbain ⁽⁴¹⁾ résume la position de la doctrine favorable à l'institution en ces termes: « Ces pourvois instruits et résolus par des magistrats « ayant acquis leur bâton de maréchal » ⁽⁴²⁾ rompus à la législation si spéciale des colonies n'en sont que mieux jugés, autre avantage pour les coloniaux. Et les métropolitains y gagnent non seulement que le rôle de la Cour de cassation est allégé d'autant, mais encore que les magistrats de celle-ci ne sont pas absorbés par la besogne délicate qu'est l'instruction d'un pourvoi colonial » et il ajoute: « c'est en vain qu'on opposerait la prétendue possibilité de disparité de jurisprudence. Celle-ci n'est qu'une illusion: l'unité de jurisprudence suppose l'unité de législation inconnue aux colonies ». Cependant cet auteur, après avoir constaté le faible nombre de décisions rendues par la chambre d'annulation, en relève des inconvénients majeurs après avoir étudié la réalité du terrain. Il reproche l'absence d'unité de jurisprudence non seulement d'une colonie à l'autre, mais encore dans la même colonie, après avoir relevé certains exemples de composition « *fantaisiste* » de cette juridiction, il parle de « juridiction squelettique aux membres toujours amovibles, dont l'indépendance, vis-à-vis du pouvoir exécutif n'est pas assurée » ⁽⁴³⁾. Il résulte de ces diverses positions que la part qui échappe au contrôle de la Cour de cassation est tout de même assez réduite.

Ce système judiciaire colonial, car on peut effectivement en parler au singulier, se fonde sur des éléments « invariants » quel que soit le territoire concerné. En effet, si certaines colonies présentent quelques singularités, pour toutes se retrouve une trame solide inspirée du modèle métropolitain. Les écarts constatés tiennent essentiellement à des considérations matérielles: il faut prendre en compte le terrain. Mais, à travers ces avatars, les juges ont démontré la capacité d'adaptation d'une organisation judiciaire pourtant très encadrée, ils se sont mis au service de la justice avec un souci de

⁽⁴¹⁾ L. TECLÉ COURBAIN, *Le recours en annulation en matière française*, thèse, recueil Sirey, 1937.

⁽⁴²⁾ MOREAU, *Le recours en annulation en procédure coloniale*, thèse 1912.

⁽⁴³⁾ L. TECLÉ COURBAIN, *Le recours en annulation en matière française*, cit., p. 259.

régler les litiges en toutes circonstances. La Cour de cassation au dessus de tous ces aléas restera, pendant toute la période coloniale garante d'une bonne application de la loi, sentinelle vigilante et consciente de la difficulté de la tâche ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁴⁾ Voir M. FABRE, *Le contrôle de la Cour de cassation: censurer le juge colonial?* in *Le juge et l'outre-mer*, sous la direction de B. Durand et M. Fabre, Publication du Centre d'histoire judiciaire éditeur, 2004, p. 221.

PAZ ALONSO ROMERO

ENTRE ASIMILACIÓN Y AUTONOMÍA:
LA POLÍTICA COLONIAL ESPAÑOLA PARA CUBA
Y PUERTO RICO DURANTE EL SIGLO XIX (*)

1. El recuerdo de Cádiz. — 2. De las leyes especiales a los derechos constitucionales: 1837-1868. — 2.1. La decisión. — 2.2. La especialidad antillana: los capitanes generales en Cuba y Puerto Rico. — 2.3. La voz de ultramar. — 2.4. La especialidad a examen: la Junta de Información. — 3. El Sexenio democrático: 1868-1874. — 3.1. El ensayo de la libertad en Puerto Rico. — 3.2. La cuestión de la esclavitud. — 3.3. Formando cultura colonial. — 4. Asimilación, especialidad y autonomía (1878-1898). — 4.1. Principios y partidos políticos. — 4.2. Constitución y derechos en las Antillas. — 4.3. La solución autonómica.

La política española para las Antillas a lo largo del siglo XIX estuvo guiada por un propósito conservador. Bajo el impacto del proceso emancipador americano que había tenido lugar en los primeros decenios del siglo, evitar la pérdida de los últimos reductos de nuestra presencia en aquellas tierras se convirtió en el objetivo al que apuntaron todos los gobernantes españoles, con independencia de su color político, durante el resto de la centuria. Luego, desde la visión catastrofista dominante en la historiografía posterior, el fracaso del mismo en 1898 fue considerado como la culminación de una decadencia arrastrada a lo largo de todo el siglo, que marcaría la peculiaridad del XIX español. Todo un siglo de desastres el nuestro, concluido con el que lo fue por antonomasia, el Desastre con mayúsculas. Frente a esta visión, el centenario sirvió para fomentar la apertura de nuevas perspectivas y la revisión de posturas, que trabajos anteriores ya venían preparando. En punto a política colonial, se ha escrito que la comparación con la historia de

(*) Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación *Cultura jurisdiccional y orden constitucional en España y América (siglos XVIII-XIX)*, dirigido por Bartolomé Clavero (SEJ2004-06696-C02-01/JRI).

los países europeos más cercanos al nuestro hecha en 1979 por José M^a Jover Zamora marcó el inicio de un giro que, por lo pronto, comenzó por desvelar una España no tan distinta de su entorno (1). Ni tampoco tan descuidada y fatalista como también se la había visto, pasiva ante una situación que se le iba de las manos, pues lo cierto es que el mantenimiento del vínculo que la unía con sus últimas colonias fue preocupación preferente de los políticos y gobernantes españoles decimonónicos, y que para lograrlo se idearon o pusieron en ejecución no pocas acciones (2).

No fue, ciertamente, el único objetivo, y en aquellos otros que lo acompañaron sí se notaron las diferencias ideológicas, pero si hay un afán presente en todas las reformas y proyectos de reformas que se idearon para el mejor gobierno y administración de aquellas tierras, ese fue el mantener la integridad de la patria, excusando la pérdida de los últimos hijos americanos. La conservación se erigió en el interés preferente de todos. Para salvaguardarlo se jugó con los derechos y se osciló entre políticas de centralización y descentralización, entre reforzar el ejercicio de la autoridad metropolitana y ampliar sus atribuciones o dar participación a los isleños en la toma de decisiones y la gestión de sus intereses propios. En esa dinámica, las diferencias fueron la mayoría de las veces simplemente cuantitativas, y en la adecuada dosificación de los componentes pareció residir el éxito de las fórmulas proyectadas o puestas en práctica: ¿cuánto de poder para la una y para los otros?, ¿cuánto de libertad?;

(1) Cfr. *Vísperas del 98. Orígenes y antecedentes de la crisis del 98*, J. P. Fusi y A. Niño (eds.), Madrid, Biblioteca Nueva, 1997, y la presentación que ambos autores hacen de esta obra colectiva. El trabajo de Jover al que atribuyen el significado aludido es *1898. Teoría y práctica de la redistribución colonial*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1979. Para el balance crítico de la bibliografía, E. HERNÁNDEZ SANDOICA, *España 1898-1998: un 'fin de imperio' cien años después*, en *Jirones de hispanidad. España, Cuba, Puerto Rico y Filipinas en la perspectiva de dos cambios de siglo*, M. Esteban de Vega, F. De Luis Martín y A. Morales Moya (eds.), Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 23-45.

(2) Destacando de modo especial los esfuerzos realizados en los últimos años de la presencia española en Cuba, E. HERNÁNDEZ SANDOICA, *La política colonial española y el despertar de los nacionalismos en ultramar*, en *Vísperas del 98*, cit., pp. 133-139. Sobre reformas en el régimen de gobierno y administración de Cuba, M. P. ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal (1837-1898). Génesis y desarrollo del régimen autonómico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

¿qué cantidades aconsejaba la prudencia para evitar que Cuba y Puerto Rico se perdieran?

1. *El recuerdo de Cádiz.*

Cádiz abrió un escenario de libertades en otras tierras americanas, y el ejemplo de los hombres de Cádiz y de la Constitución alumbrada en 1812 por diputados procedentes de ambos lados del Atlántico estará presente en esta historia, si bien no siempre bajo el mismo signo. Testimonios extraídos de tres fechas, 1837, 1869 y 1898, nos servirán de referencia para recordarlo.

El primero es un testimonio de ruptura. En plena Guerra de la Independencia, y cuando ya en la España ocupada por los franceses la Constitución de Bayona había dispuesto en su artículo 87 que los « reinos y provincias españolas de América y Asia » gozaban de los mismos derechos que la metrópoli, un decreto de la Junta Central Gubernativa y Suprema declaró el 22 de enero de 1809 que los « dominios » de ultramar no habían de considerarse « colonias y factorías como los de otras naciones » sino « parte esencial e integrante de la Monarquía española », por lo cual deberían ser aceptados sus correspondientes diputados en el seno de la Junta. Significó el primer intento de eludir el carácter de colonia de esos territorios, con el objetivo de evitar justificación al desmembramiento ⁽³⁾. Se quería con ello resaltar los vínculos que los unían entre sí y corresponder a su lealtad y patriotismo ⁽⁴⁾. Fiel a ese planteamiento, la Constitución de 1812, elaborada por unas Cortes entre cuyos miembros se sentaban diputados de los dominios americanos, definió a la Nación española como la reunión de los españoles de ambos hemisferios, integrando a todos en una misma representación nacional ⁽⁵⁾. Apartándose, sin embargo, de él, las Cortes Constitu-

⁽³⁾ J. LALINDE, *La administración española en el siglo XIX Puertorriqueño*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1980, p. 30.

⁽⁴⁾ Cfr. J. ALVARADO PLANAS, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar. La supervivencia del Antiguo Régimen en la España del XIX*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 18 ss. El texto del decreto, en p. 116.

⁽⁵⁾ Para las matizaciones a ese concepto de nación unitaria, F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio histórico*, en *Consejo de Estado. Inventario de los fondos de Ultramar (1835-1903)*, Madrid, B.O.E., 1991, pp. 9-91, esp. 31 ss., y C. PETIT, *Una constitución europea para*

yentes de 1837 señalaron diferentes rumbos para los españoles de la península e islas adyacentes y para los que habitaban las provincias ultramarinas de América y Asia, y por ley de 19 de abril de ese año, al tiempo que negaban el asiento a los diputados ya elegidos de estas últimas, dispusieron que la Constitución que surgiese de ellas no se aplicaría en dichos territorios, los cuales en el futuro serían regidos por leyes especiales adecuadas a sus particulares circunstancias ⁽⁶⁾. De ese modo se inauguró el nuevo régimen de especialidad que habría de regir el futuro de Cuba y Puerto Rico.

Los sucesos ocurridos entre 1812 y 1837 marcaron la decisión. El deseo de cerrar filas y comprometer a todos en la lucha contra el invasor francés había perdido su razón de ser, mientras, por el contrario, otro de los condicionantes presente también en 1812, como era el miedo ante la amenaza de insurrección americana, ahora que ésta se había hecho realidad obligaba a rectificar el planteamiento. Los motivos y los miedos que aconsejaron en 1837 la marginación se impusieron con tal fuerza, que fue el propio Agustín de Argüelles uno de los principales inspiradores de las resoluciones por las que Cuba y Puerto Rico quedaron privadas de participación en la representación nacional. La palabra libertad ya no sonaba igual para él, cargada ahora con los ecos de la revolución e independencia del continente americano que las propias libertades gaditanas habían alentado. No creía que las colonias fuesen merecedoras del régimen liberal español ⁽⁷⁾. Lo que la libertad había significado en el continente obligaba a considerarla, precisamente para aquellos que no habían hecho ese uso de ella, no como una condición humana sino como un mérito que había que adquirir.

En una dirección muy distinta, el segundo de los testimonios seleccionados, correspondiente al año 1869, nos sitúa en un mo-

América: Cádiz, 1812, en «Accademia Peloritana dei Pericolanti. Classe di Scienze Giuridici, Economiche e Politiche», LX, 1991, pp. 57-71. La Constitución gaditana se declaró vigente en Puerto Rico el 14 de julio de 1812: M^a A. GARCÍA OCHOA, *La política española en Puerto Rico durante el siglo XIX*, Río Piedras, Universidad de Puerto Rico, 1982, p. 38.

⁽⁶⁾ *Colección legislativa de España*, Madrid, Imp. Nacional, 1846-1913 — C.L. —, T. XXII, pp. 165-166.

⁽⁷⁾ L. M. DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud negra en Puerto Rico*, Río Piedras, Ed. Universidad de Puerto Rico, 1965, p. 134.

mento de acercamiento a Cádiz. Ese año el ministro español de Ultramar, Manuel Becerra, presentó a unas Cortes entre cuyos miembros aparecían ya diputados puertorriqueños un « proyecto de ley modificando la Constitución del Estado para aplicarla a Puerto Rico ». En él se declaraba a la isla provincia española y, con modificaciones, se extendían a sus habitantes los derechos constitucionales reconocidos en la metrópoli. Al exponer los motivos que lo habían inspirado, el ministro Becerra hacía una evocación expresa de « aquella página inmortal de 1812 » en la que habían aparecido « fraternalmente confundidos los hijos de Europa y de la América, los españoles de ambos hemisferios asentando los primeros cimientos de nuestra regeneración política y social ». A aquella magnífica epopeya, recordaba, había seguido « una interrupción dolorosísima para la libertad y la justicia », y había sido necesaria una sacudida profunda, como la que había supuesto la Revolución de Septiembre, para levantar a la vez los obstáculos que en la península ponían veto a la libertad y la justicia e impedían el reconocimiento del derecho igual para todos los hijos de España ⁽⁸⁾. Era el valor de los derechos, unos derechos que la Constitución española de 1869 contemplaba como surgidos de la propia naturaleza humana, anteriores y superiores a cualquier ley positiva y, por tanto, ilegislables, lo que se presentaba como fundamento del cambio de actitud, hermanados de nuevo todos a su sombra, españoles y antillanos, si bien entre estos de momento sólo los puertorriqueños, pues Cuba, en guerra a la sazón con la metrópoli y con muchos de sus hijos luchando por su independencia de ella, se encontraba en un compás de espera.

Por último, el postrer recuerdo de Cádiz en el final, 1898, ya con Estados Unidos implicado en la última guerra independentista cubana, sirvió sobre todo de incitación al valor y el patriotismo. Estuvo presente en el discurso de apertura solemne del Parlamento insular cubano pronunciado por el gobernador general Blanco en La Habana el 4 de mayo de 1898. Por fin Cuba (lo mismo que Puerto Rico) gozaba de un estatuto de autonomía, concedido por la metrópoli en un esfuerzo desesperado por mantener la soberanía española en aquellas tierras. Muchos no lo querían, para unos resultaba

(8) El texto del proyecto (Madrid, 18 de noviembre de 1869), en GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., Ap. IX, pp. 487 ss.

excesivo y para otros insuficiente, ansiosos de independencia y dispuestos a dejar su sangre para conseguirla, pero otros creyeron sinceramente que con la autonomía Cuba había encontrado por fin un *status* satisfactorio dentro de la España liberal que permitiría abrir una nueva página de paz y progreso. A ellos, y singularmente a quienes ese día se sentaban en las cámaras autonómicas cubanas cuando ya la intervención norteamericana hacía irremisible la expulsión española de Cuba, se dirigió el general Blanco con estas palabras: « Fieles á la memoria y al ejemplo de vuestros abuelos de 1812, que en circunstancias más críticas para el Imperio Español, mantuvieron constantemente su espíritu á la altura de los deberes patrióticos, y cooperaron, por medio de sus representantes, á la obra legislativa de la inmortal asamblea, que en medio de los rigores de un apretado cerco, consagró el imperecedero monumento de las libertades pátrias, probaréis al mundo que Cuba está decidida á ser siempre española » (9).

Igualados ya a la sazón en derechos con sus compatriotas peninsulares, lo que del ejemplo histórico de Cádiz pareció entonces conveniente destacar por parte de la autoridad que representaba en la isla a la metrópoli fue el heroísmo y la valentía de sus hombres en el empeño de sacar adelante sus principios bajo el fuego enemigo de los franceses. Una resistencia, la de los « abuelos de 1812 », traída también a colación por los miembros de la cámara alta en su contestación al discurso del gobernador, donde expresaban su plena disposición a perecer con honor antes que someterse a una dominación extranjera, y donde introducían asimismo el otro paralelismo con aquella etapa, « dispuestos á demostrar ante el mundo y ante la historia que la soberanía de la patria es indiscutible, é inviolable, porque hoy como en 1812, segun la inmortal definicion recordada por V.E., la Nacion Española es la union sincera é indestructible de los españoles de ámbos hemisferios » (10). Heroísmo y unidad resaltados igualmente por la Cámara de Representantes al ofrecer su pleno concurso al gobernador « no sólo para deliberar como los inmortales patriotas de Cádiz bajo el fuego de los cañones sino para

(9) ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., Apéndice I, pp. 207-210, esp. 209.

(10) Ivi, Ap. II, pp. 211-214, esp. 211. La Habana, 30 de mayo de 1898.

el combate y el sacrificio », unidos por fin de nuevo españoles y cubanos en el goce de derechos y privilegios, tribulaciones y deberes ⁽¹¹⁾.

Evocaciones, pues, de signo muy distinto, testimonios muy diferentes del recurso a un mismo ejemplo histórico que nos servirán para recordar en torno a las tres fechas en que se produjeron el rumbo seguido por la política colonial española para las Antillas a lo largo del siglo XIX.

2. *De las leyes especiales a los derechos constitucionales: 1837-1868.*

2.1. *La decisión.*

El alejamiento del espíritu doceañista decidido en 1837 supuso para Cuba y Puerto Rico el inicio de un largo período caracterizado por la búsqueda de su posición institucional en España. Cuando en 1865 los reformistas cubanos tuvieron ocasión de expresar oficialmente su opinión al respecto, dijeron que la medida les había condenado « á ser colonia y no provincia ». Con un lenguaje muy propio aún del Antiguo Régimen, alegaron que había sido tomada « á puertas cerradas, sin previa audicion de partes, no consentida, protestada en debida forma », y que carecía de fuerza y legalidad constitucional, pues las Cortes Constituyentes de 1837 eran incompetentes para arrebatarles un derecho ejercido en todas las épocas de la Monarquía en que había correspondido a los demás españoles ⁽¹²⁾. Pero lo cierto es que ninguna de esas razones se atendió en su momento y, poco meses después de tomada, la decisión se convirtió en precepto, integrado luego en la Constitución de 1837 y mantenido en la siguiente, la moderada de 1845, y también en la progresista *non nata* de 1856, con idéntica formulación: « Las

⁽¹¹⁾ Ivi, Ap. III, pp. 214-218, esp. 216. La Habana, 16 de junio de 1898.

⁽¹²⁾ En carta dirigida al general Serrano, Duque de la Torre, con la anuencia y consentimiento del general Dulce, a la sazón gobernador y capitán general de la isla, La Habana, 12 de mayo de 1865: C. SEDANO Y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873. Colección de informes, memorias, proyectos y antecedentes sobre el gobierno de la isla de Cuba, relativos al citado período, que ha reunido por comisión del Gobierno D. Cárlos Sedano y Cruzat, ex diputado á Córtes*, Madrid, Imprenta Nacional, 1873, p. 270.

provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales » (13).

Que esos territorios debían ser tratados de forma distinta había sido el núcleo de la proposición presentada por el diputado progresista Vicente Sancho el 16 de enero de 1837 en sesión secreta de las Cortes (14). Las noticias llegadas de Cuba (donde el gobernador del Departamento Oriental, general Lorenzo, al enterarse de los sucesos de La Granja y secundado por un grupo de independentistas y abolicionistas había proclamado en su distrito la Constitución de 1812 antes de que el capitán general de la isla, Miguel Tacón, hubiese tomado ninguna medida al respecto) hicieron sentir vivo el fantasma de la insurrección y llevaron a aceptar la propuesta de Sancho, en la cual se solicitaba el nombramiento de una comisión especial de Ultramar para examinar las actitudes a adoptar en relación con esas provincias (15). Tratando sobre ella, las Cortes estimaron también conveniente incorporar al análisis el tema de la representación nacional (si había de considerarse o no oportuno seguir incluyendo en la misma a las provincias ultramarinas), y, dado que el asunto tenía implicaciones constitucionales, se decidió que la Comisión de Ultramar trabajase en colaboración con la encargada de la reforma de la Constitución. Reunidas ambas, el 12 de febrero de ese año presentaron a las Cortes un dictamen « proponiendo que las provincias ultramarinas de América y Asia sean regidas y administradas por leyes especiales » (16). Lo firmaban dieciséis diputados, presididos por Manuel Joaquín Tarancón y con Agustín de Argüelles, Álvaro Flórez Estrada, Vicente Sancho y Salustiano Olózaga entre sus miembros, y asumía un planteamiento que ya con anterioridad había adoptado la Comisión de reforma como uno de los puntos a modificar en el texto gaditano.

(13) Respectivamente, artículo adicional 2º, art. 80, incluido como artículo adicional, y art. 86, único del Título XIV, "Del gobierno de las provincias de Ultramar".

(14) Para él la presencia parlamentaria de los cubanos era un mal que había que eliminar cuanto antes, estimando que mientras en Cuba hubiese esclavos no podía aspirar a la representación nacional: M. BIZCARRONDO, y A. ELORZA, *Cuba/España. El dilema autonomista, 1878-1898*, Madrid, Ed. Colibrí, 2001, p. 27.

(15) Sobre todo eso, ALVARADO PLANAS, *Constitucionalismo y codificación*, cit., pp. 40 ss.

(16) En el *Diario de Sesiones de las Cortes*, Madrid, J. A. García, 1870 -D.S.- 12-2-1837, pp. 1491 ss.

De acuerdo con lo que ya se desprendía de su título, el dictamen se mostraba claramente favorable a hacer de tales territorios un mundo aparte. Ciertamente, mucho más que veinticinco años separaban 1812 de 1837, y eso obligaba a rectificar el rumbo de una política que ahora, a la vista de los acontecimientos ocurridos en ese intervalo, se juzgaba errónea. La razón principal que forzaba al cambio era la necesidad de conservar tales provincias « unidas con la Metrópoli », y a tal efecto ya no se estimaba la igualdad integradora, sino el trato diferenciado, la estrategia más conveniente. Como primera medida, y a la espera de unas leyes especiales que, libres de cualquier orientación al respecto, simplemente se anunciaban en el dictamen, se proponía también excluirlas de una representación nacional española de la que habían formado parte en las Cortes del período gaditano, del Trienio y del Estatuto Real de 1834.

A favor de ella las comisiones alegaron la lejanía y la diferencia, la imposible uniformidad entre gentes y tierras tan distantes y tan distintas. Y, como de reforma constitucional se trataba, apelaron al texto de la Constitución de Cádiz y a su regulación de la representación para demostrar que, siendo como era en él su base en ambos hemisferios el principio de población, so pena de graves disfunciones su propia lógica impedía el trato igual de los desiguales. La población que el texto gaditano tomaba en consideración para el disfrute de los derechos políticos — un colectivo integrado por hombres libres, originarios por ambas líneas de los dominios españoles — llevaba, por ejemplo, a que en Cuba, dado su alto número de esclavos y gentes libres de color, su base de representación fuese mucho más reducida que en la península y que en el mismo Puerto Rico (17). Y se reparaba también en los problemas que planteaban el alejamiento y la necesaria tardanza en los traslados y comunicaciones con unas islas de las que nos separaban 2.000 leguas. Con dificultad podrían cumplirse los plazos previstos en la Constitución a efectos de convocatoria y reunión de las Cortes. A juicio de las comisiones,

(17) Para Cuba, los datos manejados por las comisiones eran los de 1827, con un total de 704.807 habitantes (sin contar la guarnición, marinería y transeúntes), de los cuales 311.051 eran blancos, 106.494 libres de color y 286.942 esclavos. En el caso de Puerto Rico, correspondían al año de 1824, con un total de 332.002 habitantes, siendo de ellos 159.864 blancos, 100.709 pardos libres, 24.233 negros y 37.403 esclavos (D.S. 12-2-1837, p. 1492).

todos esos problemas, mucho más allá de meros inconvenientes, llevaban a la imposibilidad de aplicar allí la Constitución que se adoptase para la península e islas adyacentes, y de esa premisa dedujeron sus conclusiones: que las provincias ultramarinas fueran en el futuro regidas y administradas por leyes especiales adaptadas a su respectiva situación y circunstancias y propias para hacer su felicidad, y que en las actuales Cortes no tomasen asiento diputados de ellas.

El Gobierno se mostró de acuerdo, si bien no fue pacífica su aceptación luego por las Cortes Constituyentes, pese a que a sus sesiones ya no se permitió asistir a los diputados americanos electos (José Antonio Saco entre ellos), sin que de nada sirviera la enérgica protesta de los cubanos ante la Comisión de Ultramar y su solicitud de que las provincias ultramarinas se rigieran por las mismas leyes políticas de la península (18). En el debate se hicieron llamadas a los derechos adquiridos y a la atroz injusticia y atentado a la soberanía que se estaba cometiendo al cerrar las puertas a diputados legítimamente elegidos, y se denunciaron la arrogancia de una pretendida superioridad sobre aquellas gentes y los mal disimulados recelos ante el hecho de que en un futuro hubiera que compartir escaño con algún hombre de color. Pero al cabo se impuso. Vencieron las razones de quienes habían decidido el dictamen, y entre ellas convenció sobre todo una, que Argüelles expuso de modo muy claro: «es imposible que podamos conservar las provincias de ultramar si no adoptamos para ellas leyes especiales». Como muchos de sus compañeros, estaba persuadido de que la anterior política había contribuido decisivamente a la independencia de las otras colonias (19). Y actuaron también otros miedos. Las constituciones se hacen para asegurar los derechos de los hombres, recordó en una de las sesiones Vicente Sancho, derechos que se cifraban en dos palabras, libertad e igualdad, y «¿cómo se puede decir que son todos iguales en un país donde la mitad son dueños de la otra mitad?»

(18) En R. E. TARRAGÓ, *Experiencias políticas de los cubanos en la Cuba española, 1512-1898*, Barcelona, Ed. Puvill, 1996, Ap. XV, pp. 171 ss., el texto de la misma.

(19) Un detallado seguimiento de la cuestión en ALVARADO PLANAS, *Constitucionalismo y codificación*, cit., pp. 43 ss.

[...] pronunciar allí la palabra libertad es poner un puñal en manos de los negros » (20).

A los problemas jurídicos, en fin, se respondió con la soberanía de las Cortes Constituyentes, y el 19 de abril de 1837 la regente M^a Cristina sancionó el decreto de las Cortes que otorgaba fuerza legal a la conclusión del dictamen casi en sus términos literales: « Las Córtes, usando de la facultad que se les concede por la Constitución, han decretado: No siendo posible aplicar la Constitución que se adopte para la Península é islas adyacentes á las provincias ultramarinas de América y Asia, serán estas regidas por leyes especiales análogas á su respectiva situación y circunstancias, y propias para hacer su felicidad: en su consecuencia no tomarán asiento en las Córtes actuales los Diputados por las expresadas provincias » (21).

Cuatro días después, una real orden la comunicaba a las autoridades antillanas, con la advertencia de que en lo sucesivo esas provincias debían gobernarse « por Leyes de Indias, por los Reglamentos y reales Órdenes comunicados para su observancia; y por los que se vayan dando, como se crea más conveniente para la prosperidad del país » (22). La España constitucional no cruzaba el Atlántico.

2.2. *La especialidad antillana: los capitanes generales en Cuba y Puerto Rico.*

Por entonces Cuba y Puerto Rico, que de hecho no habían sido consideradas como otras tantas provincias españolas ni, por consiguiente, se habían incluido en las cuarenta y nueve resultantes de la división provincial impulsada por Javier de Burgos en 1833 (con sólo dos circunscripciones insulares contempladas, Baleares y Canarias, correspondientes a las islas « adyacentes »), ya acusaban la especia-

(20) Ivi, p. 53.

(21) C.L., T. XXII, pp. 165-166 (entre las disposiciones de "Hacienda"). La votación del dictamen en el Congreso, el 16 de abril, se hizo por partes: la primera obtuvo 150 votos a favor y 2 en contra, y la segunda 90 contra 65 (D.S. 16-4-1837, pp. 2800 ss.). M. LORENTE SARIÑENA, *La suerte de la Recopilación de 1680 en la España del siglo XIX*, en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, pp. 431-480, esp. 438 ss.

(22) ALVARADO PLANAS, *Constitucionalismo y codificación*, cit., p. 55.

lidad de un régimen peculiar. Su pieza central era el cargo de gobernador capitán general, que procedía de tiempo atrás y convertía de hecho a sus titulares en una especie de poderosos virreyes sin equivalencia en el territorio peninsular.

La diferencia no había venido impuesta sólo por su mayor alejamiento geográfico ni por sus peculiares señas de identidad, al modo en que de antiguo se señalara en las Leyes de Indias como pautas de matización a una política común de semejanza con Castilla en el gobierno y administración del Nuevo Mundo ⁽²³⁾. Para la Monarquía primero, y luego para el naciente Estado liberal español, Cuba y Puerto Rico exigían un mayor grado de sujeción. El temor ante su posible pérdida había impuesto ya sus condiciones desde antes de 1837, como quedó muy claro a raíz de la ocupación de La Habana por los ingleses entre agosto de 1762 y julio de 1763 como consecuencia de la participación española en la Guerra de los Siete Años ⁽²⁴⁾. Su recuperación actuó como detonante para la puesta en práctica por parte de la Monarquía española de un vasto plan de reformas orientadas al propósito de hacerse con el dominio efectivo sobre el imperio, dentro del cual Cuba sirvió de lugar de ensayo. La abolición del monopolio comercial español, con la consiguiente apertura al comercio para los productos de las haciendas cubanas, el incremento del gasto militar y el fortalecimiento de la Administración, situando a un militar de alta graduación al frente de ella, se revelaron como instrumentos decisivos de un proceso que convirtió a esta isla a lo largo de las últimas décadas del siglo XVIII en pieza clave en el conjunto del imperio español ⁽²⁵⁾.

Parte de este proceso fue el rápido desarrollo de la economía del tabaco y, sobre todo, la caña de azúcar, facilitado a partir de 1791 por la rebelión de los negros de Haití y el hundimiento de la economía haitiana, muchos de cuyos componentes pasaron a Cuba

⁽²³⁾ *Recopilación de 1680*, II, 2, 13, resultante de la refundición de ordenanzas dadas para el Consejo de Indias por Felipe II y Felipe IV en 1571 y 1636: «Porque siendo de vna Corona los Reynos de Castilla, y de las Indias, las leyes y orden de gobierno de los vnos, y de los otros, deven ser lo mas semejantes y conformes, que ser pueda».

⁽²⁴⁾ M. MORENO FRAGINALS, *Cuba/España, España/Cuba. Historia común*, Barcelona, Crítica, 1995, pp. 128 ss., “Ingleses en Cuba”.

⁽²⁵⁾ *Cfr.* J. B. AMORES, *Cuba en la época de Expeleta (1785-1790)*, Pamplona, EUNSA, 2000, esp. Cap. I.

y, en menor medida, a Puerto Rico, con los Estados Unidos como principal comprador de las exportaciones desde principios de la centuria siguiente (26). Eso permitió en la Gran Antilla la paulatina consolidación de una élite criolla (plantocracia o sacarocracia), ligada estrechamente desde muy pronto por lazos personales e intereses materiales con los gobernantes de la metrópoli (27). Constituía el núcleo de una clase dominante de raza blanca que ya en las décadas centrales del siglo XIX aparecía dividida entre una élite peninsular, integrada por comerciantes, burócratas, militares, clérigos y fabricantes de puros, con el apoyo de algunos criollos acaudalados vinculados a la Administración insular, y una élite criolla de propietarios de plantaciones azucareras y miembros de profesiones liberales (28). Suele atribuirse a la excepcional influencia de esas élites en la Administración y el ejército coloniales, junto al temor a que una insurrección separatista desencadenase una revuelta de esclavos y negros libres parecida a la de Haití, el hecho de que, a diferencia de lo ocurrido en otros territorios americanos, la burguesía antillana no apoyase los movimientos independentistas de principios de siglo. Pero no formaban una clase compacta. Sus intereses no eran los mismos y eso se manifestó claramente, como tendremos ocasión de comprobar muy pronto, en las tensiones desatadas entre sus dos principales componentes a propósito de las diferentes alternativas planteadas a lo largo del siglo XIX para el gobierno y la administración de Cuba.

El empleo masivo de mano de obra esclava servía de base a la economía cubana, si bien no puede decirse lo mismo en la otra Antilla. La presencia y el papel de la esclavitud fue muy diferente en Cuba y Puerto Rico. En esta última isla, cuya agricultura era más variada y en su mayoría se basaba en propiedades pequeñas y medias, los esclavos nunca fueron muy numerosos ni un factor decisivo de la riqueza. También el comercio negrero acabó mucho antes que en Cuba, ya en 1835. Siempre escasos y en decadencia

(26) MORENO FRAGINALS, *Cuba/España*, cit., pp. 145 ss.

(27) J. G. CAYUELA FERNÁNDEZ, *Bahía de Ultramar. España y Cuba en el siglo XIX. El control de las relaciones coloniales*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, S. A., 1993.

(28) J. CASANOVAS CODINA, *¡O pan, o plomo! Los trabajadores urbanos y el colonialismo español en Cuba, 1850-1898*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2000, pp. 2 ss.

progresiva, los esclavos negros gozaron ahí, en general, de mejor trato que en otras colonias españolas, francesas o inglesas del área del Caribe, y no hubo ni luchas raciales ni prejuicios colectivos de unas razas contra otras. Frente a la opción esclavista, desde inicios del siglo XIX España fomentó en Puerto Rico la inmigración de población blanca ⁽²⁹⁾. Si en 1824, de una población de 332.002 habitantes, 37.403 eran esclavos, como se ha visto, a las alturas de 1860 las cifras eran de 41.736 esclavos dentro de un total de 583.308 ⁽³⁰⁾.

En Cuba, sin embargo, el crecimiento económico experimentado desde las últimas décadas del siglo XVIII fue acompañado de una afluencia masiva de esclavos negros, cuyo trabajo se revalorizó a raíz del despertar de las posibilidades de riqueza de la isla que tuvo lugar entonces. Esto significó el paralelo impulso del comercio negrero (del que se beneficiaban principalmente traficantes portugueses, ingleses, franceses y holandeses), que se mantuvo de hecho hasta 1867 a pesar de los diversos tratados de abolición de la trata celebrados por España con Inglaterra desde el año 1817. El tratado de 1835, ratificado en 1837 por el Gobierno constitucional, donde España declaró « total y finalmente abolido en todas las partes del mundo » el tráfico de esclavos, muy lejos del valor definitivo alcanzado en Puerto Rico, se recibió en Cuba como letra muerta ⁽³¹⁾. El contrabando negrero gozaba de una aceptación social y una complicidad por parte de las autoridades que permitieron hacer también en ese tema a Cuba un caso aparte.

Eso no quiere decir que no se planteasen alternativas al trabajo esclavo. El problema del tipo de población deseable para Cuba, necesitada de pobladores y mano de obra para su desarrollo agrario, fue una de las cuestiones centrales del debate económico y político durante el siglo XIX. A favor de la esclavitud se alinearon los grandes hacendados junto con algunos funcionarios españoles, a cuyo entender la misma contribuiría a mantener el crecimiento

⁽²⁹⁾ DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., pp. 22 y 141; GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., pp. 236 ss.

⁽³⁰⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., pp. 236 y 246.

⁽³¹⁾ DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., Cap. VI, pp. 125 ss. Sobre los tratados y la legislación española de represión de la trata, ALVARADO PLANAS, *Constitucionalismo y codificación*, cit., pp. 156 ss.

económico de la isla al tiempo que permitiría conservarla como parte de España. Era la postura dominante, frente a la cual intelectuales y reformistas (con Ramón de La Sagra, Francisco de Frías y Jacott, conde de Pozos Dulces, y José Antonio Saco entre ellos) se pronunciaron por el trabajo libre y la introducción de colonos blancos como parte de un proceso de diversificación y modernización del sistema agrícola y, a la vez, en la intención de la burguesía reformista criolla, como medio para el fortalecimiento de unas señas de identidad cubanas que estimaban patrimonio de los blancos ⁽³²⁾.

Al frente de Cuba y Puerto Rico, sus respectivos capitanes generales asistieron a todo ese proceso de desarrollo económico y social ⁽³³⁾. En provincias como estas, el título de capitán general, además de su tradicional significación militar, recibía un carácter eminentemente político que le situaba como la primera autoridad en ellas ⁽³⁴⁾. Llevaba unido a él el de gobernador y, pese a que ambos títulos tenían diferente naturaleza, en la práctica habían llegado a configurar un cargo único, de modo que la distinción de atribuciones correspondientes a uno u otro no resultaba fácil de hacer ⁽³⁵⁾. Entre los dos, los sujetos sobre los que recaían acumulaban atribuciones muy amplias y variadas, tanto militares como gubernativas, judiciales o administrativas, de modo que podría decirse que prácticamente todo el poder en sus distritos pasaba por sus manos ⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ Cfr. C. NARANJO OROVIO, y A. GARCÍA GONZÁLEZ, *Racismo e inmigración en Cuba en el siglo XIX*, Madrid, Doce Calles, 1996, y el Prólogo de Josef Opartny.

⁽³³⁾ Desde 1579 la isla de Cuba, regida inicialmente por tenientes del gobernador de Santo Domingo, contó con su propio gobernador, con residencia en La Habana, al que en 1607 se unió el cargo de capitán general, al tiempo que se instituyó un nuevo gobernador, subordinado a él, en Santiago de Cuba (ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 21-22).

⁽³⁴⁾ AMORES CARREDANO, *Cuba en la época*, cit., p. 283.

⁽³⁵⁾ Un intento de desglose de las mismas en 1785, a tenor de la Instrucción reservada de gobierno recibida por el gobernador y capitán general José de Ezpeleta (que lo fue hasta 1789), en AMORES, *Cuba en la época*, cit., pp. 285 ss.

⁽³⁶⁾ Cuando, a raíz del Tratado de Basilea de 22 de julio de 1795, la isla de Santo Domingo pasó a depender en su totalidad de Francia, la Audiencia dominicana se trasladó a Cuba, fijándose en 1797 su sede en Puerto Príncipe. Desde 1800 el gobernador y capitán general de la isla fue también presidente de la Audiencia, aunque sin voto en las cuestiones de justicia, por no ser letrado. Al crearse una nueva Audiencia en La Habana el año 1838, el gobernador presidió las dos, hasta que en 1853 se suprimió

Era una autoridad sin equivalente en la península, cuya especialidad venía tradicionalmente justificada por el alejamiento y las condiciones particulares de los territorios ultramarinos, y que, dentro de la política de conservación seguida por España a lo largo del siglo XIX, experimentó un considerable aumento de poder y protagonismo político.

Producto temprano del miedo a la insurrección fue la célebre real orden de 28 de mayo de 1825, que suele ser recordada como signo del despotismo con que durante buena parte del siglo XIX se gobernaron las Antillas españolas. Desempeñaba a la sazón el cargo de gobernador y capitán general de Cuba el general Francisco Dionisio Vives, quien, en diferentes informes al gobierno español sobre el estado político de la isla, no había cesado de alertar acerca de los amenazadores cambios en la opinión pública que percibía desde la capitulación del ejército real en Perú y el reconocimiento de la independencia de Colombia y México por parte de Inglaterra, así como de las noticias que transmitían el contento de quienes se habían separado de la metrópoli. Sus avisos habían ido acompañados de la demanda de más medios para neutralizar los riesgos, y una baza importante en esta línea había sido la erección en Cuba de la Comisión Militar Ejecutiva y Permanente, constituida por Vives en marzo de ese mismo año a semejanza de las que a principios de 1824, en plena reacción absolutista, Fernando VII había ordenado formar en todas las capitales de provincia de la península. Tenía competencias para juzgar los delitos contra la soberanía del rey y los derechos del trono, los cometidos por los partidarios de la Constitución de 1812 y, en general, los que significasen un peligro para la tranquilidad pública o fuesen obra de ladrones y salteadores de caminos ⁽³⁷⁾. Dos meses después, por virtud de esa real orden de 28 de mayo de 1825, Fernando VII reforzó el poder de los capitanes

la de Puerto Príncipe. Constituida en Real Acuerdo, la Audiencia de La Habana actuaba como órgano auxiliar del gobernador en todos los asuntos de gobierno (ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., p. 22). En cuanto a Puerto Rico, la isla careció de audiencia hasta 1831, y las apelaciones se llevaban primero a la de Santo Domingo y desde 1797 a la de Puerto Príncipe (LALINDE, *La administración española*, cit., pp. 36 ss., GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 101).

⁽³⁷⁾ J. L. FRANCO, *La reacción española contra la libertad*, La Habana, Ciencias Sociales, 1988, pp. 20 ss.

generales de Cuba y Puerto Rico añadiéndole las atribuciones que por reales ordenanzas se concedían a los gobernadores de plazas sitiadas ⁽³⁸⁾.

Previamente se había consultado al Consejo de Indias, pero su respuesta (con fecha 20 de abril de 1825) no se había tenido en cuenta. Dado el carácter excepcional de la medida, y en atención a los efectos desfavorables que podrían derivarse de una decisión como esta, siempre odiosa y mal aceptada, el Consejo recomendó entonces restringir su alcance al ámbito militar y abandonarla tan pronto como se superasen las circunstancias extraordinarias que la habían motivado. Estimaba que ese sería « el medio más sencillo y seguro de afianzar la paz y amor al Gobierno de V.M. en sus dominios de Ultramar », mas en ninguno de esos dos extremos se siguió su consejo ⁽³⁹⁾. Muy lejos de él, la real orden revistió a los capitanes generales de facultades extraordinarias en todos los ámbitos, y el curso de los acontecimientos se encargó de darle una permanencia que hasta sus más ardientes defensores en el momento estuvieron muy lejos de prever.

La real orden se reprodujo luego en 1834 para los generales Ricafort y Tacón, y en lo sucesivo las facultades extraordinarias que se amparaban en ella se consideraron como inherentes a su gobierno por todos los capitanes generales que les sucedieron. Se mantenían en 1867 (y aún bastantes años después), cuando José Ahumada, un empleado del Ministerio de Ultramar, dedicó parte de su tiempo a elaborar un memorial donde compendia las facultades y atribuciones ordinarias y extraordinarias de los capitanes generales ⁽⁴⁰⁾. Entre las últimas se encontraban facultades que habían sido propias de los virreyes y que les permitían expulsar de las islas y enviar a la península a todos los empleados que, por su conducta pública o privada, les resultasen sospechosos, reemplazándolos por personas de su confianza, y suspender parcial o totalmente con carácter provisional (dando cuenta al rey para su aprobación) la ejecución de

⁽³⁸⁾ J. RODRÍGUEZ SAN PEDRO, *Diccionario de la legislación ultramarina concordada y anotada*, Madrid, Viota, Cubas y Vicente, 1865-1869, T. I, p. 100. También, en ALVARADO PLANAS, *Constitucionalismo y codificación* cit., pp. 117 ss.

⁽³⁹⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., pp. 85 ss.

⁽⁴⁰⁾ En SEDANO Y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 57 ss.

cualesquier órdenes o providencias generales expedidas en todos los ramos de la Administración. Añadidas a las atribuciones ordinarias, que, a su vez, habían experimentado un aumento considerable entre ambas fechas, el poder conferido entre todas ellas a los gobernadores capitanes generales era de tal calibre, que, a juicio de Ahumada, les habían llevado a adquirir « una representación de la autoridad Real semejante en forma y extensión á la que ejercieron los Vireyes del Perú y Nueva España ». Más libres, incluso, en sus actuaciones que ellos, desde que el 4 de julio de 1861 se había limitado la acción de las Audiencias ultramarinas a los asuntos de justicia, acabando, de ese modo, con los Reales Acuerdos, que habían constituido el gran contrapeso al poder de los virreyes ⁽⁴¹⁾.

Primera autoridad, primer jefe o jefe principal en cada una de las islas, la figura del gobernador capitán general se convirtió a partir de 1837 en el eje de buena parte de las reformas en el régimen de gobierno y administración de las Antillas decidido desde la metrópoli. Bien en su condición de gobernador, bien en la de capitán general o de ambas indistintamente, de entonces en adelante el cargo fue adquiriendo un impresionante volumen, y durante décadas, a la espera de unas leyes especiales que no acababan de llegar, esos fueron los cambios institucionales más visibles ⁽⁴²⁾. En 1842 se atribuyó a los gobernadores presidentes de las Audiencias de Cuba, Puerto Rico y Filipinas la publicación en sus dominios de todas las

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 58. Habría que comprobar sin embargo con más detenimiento la suerte de la orden de 1825 y el ejercicio real de las facultades extraordinarias que permitió a los capitanes generales, pues lo cierto es que en 1851 José Gutiérrez de la Concha no veía alguna de ellas como parte de las atribuciones del cargo. Así, en su comunicación al Gobierno, La Habana, 1 de abril de 1851, manifestando la necesidad de robustecer la autoridad del capitán general para, entre otras cosas, solucionar el caos espantoso de la Administración en la isla con que se había encontrado, escribía: « creo yo que es preciso, que es indispensable que el Gobernador General se halle revestido de amplias y extraordinarias facultades para suspender, separar y enviar á la Península á cualquier empleado, sea cual fuere su categoría, que ya por sus ideas, ya por su comportamiento no corresponda á las miras del Gobierno; y para expulsar de la Isla á toda persona cuya permanencia en ella pueda ser perjudicial á la tranquilidad pública; y creo, por fin, que es preciso que las medidas que yo dicte encuentren en el Gobierno de S. M. un apoyo eficaz y seguro » (Ivi, p. 119).

⁽⁴²⁾ Sobre el proceso de crecimiento, ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 24 ss.

leyes y decretos que se les comunicaran para su ejecución en ellos, así como la facultad de suspender esta y suplicarla en los casos en que así lo exigiera « el bien y tranquilidad del país con arreglo á las leyes » (43). Por decretos de 1853 y 1854 se declaró a los capitanes generales de ultramar superintendentes de Hacienda, y este último año se trasladaron también a ellos todas las atribuciones propias de la Administración superior activa, diseminadas hasta ese momento en diferentes autoridades y juntas, al objeto de lograr una mayor unidad administrativa. Su autoridad militar se reforzó igualmente en el año 1853, al recibir el mando superior de la Marina en sus respectivas circunscripciones, además de las atribuciones que las ordenanzas generales de la Armada concedían a los virreyes. Años después, se pusieron bajo su presidencia los Consejos de Administración, instituidos para los tres territorios el 4 de julio de 1861 a semejanza de los Consejos Provinciales que se habían creado en la metrópoli en 1845 como organismos encargados de asesorar a las autoridades político administrativas de cada provincia y resolver en primera instancia, con jurisdicción delegada y posible apelación ante el Consejo de Estado, los asuntos contencioso-administrativos. Ambas competencias, asesoramiento y jurisdicción contencioso-administrativa, hasta ese momento las habían ejercido las Audiencias de ultramar por medio de sus Reales Acuerdos, los cuales se suprimieron al mismo tiempo, quedando aquellas limitadas al ejercicio de la jurisdicción ordinaria civil y criminal en su papel de meros tribunales de justicia, cuya presidencia ya no se encomendó al gobernador sino a sus respectivos regentes (44). Más dependientes del ejecutivo estos nuevos Consejos, se comprende la advertencia de Ahumada acerca de lo que a efectos del ejercicio del poder por parte de los gobernadores capitanes generales habían supuesto su creación y la paralela supresión de los Reales Acuerdos, instituciones donde, decía, se hallaba representada una magistratura que en todo tiempo había dado pruebas de que, « rodeada de gran prestigio y acostumbrada á la aplicación de un inflexible criterio », constituía « un Instituto de mayor eficacia para mantener el predominio de las leyes

(43) LORENTE SARIÑENA, *La suerte de la Recopilación*, cit., pp. 468-469, n. 94.

(44) CL, T. XXXVI, pp. 15 ss. y *Gaceta de Madrid* del 13 de julio de 1861. TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio histórico*, cit., pp. 37 ss.

en defensa de los derechos individuales, sirviendo de contrapeso al ejercicio de una Autoridad temible » (45). En fin, medidas inmediatas a la creación del Ministerio de Ultramar en 1863 hicieron del gobernador el jefe superior de la Hacienda pública en su distrito, con atribuciones tales como el nombramiento y separación de los empleados del ramo, la remisión al Gobierno de los proyectos de presupuestos o la potestad reglamentaria (46).

Pocas autoridades en la historia de España habían llegado a adquirir, en efecto, el cúmulo de atribuciones de que hacía relación Ahumada en 1867. Presidente nato de todas las corporaciones públicas, facultado para paralizar o suspender cualquier acto administrativo, vicerreal patrono en lo eclesiástico, presidente hasta 1861 de las Audiencias y jefe superior de la Hacienda, el mantenimiento del orden público y la seguridad, el cúmplase y la publicación de leyes y demás disposiciones normativas, la facultad de suspender y suplicar su ejecución, la persecución y castigo de los juegos prohibidos y del tráfico de negros, la facultad de indulto antaño concedida a los virreyes o la concesión de las licencias matrimoniales en los casos en que se requerían eran algunos de los trazos del retrato institucional que sobre él dibujaba este autor, a los que se añadían los propios de sus facultades extraordinarias.

Gobierno muy personal, el uso que del mismo hicieron sus diferentes titulares dependió en buena medida de las características y cualidades subjetivas que adornaban a cada uno de ellos. Los hubo que hicieron del ejercicio del poder y el robustecimiento de su autoridad el lema de su mandato; hubo quienes sucumbieron a la codicia y llenaron sus bolsillos con el contrabando y el tráfico de esclavos negros; quienes se comportaron como simples delegados del Gobierno de turno, sin iniciativas propias dignas de reseñar, y también quienes se comprometieron personalmente en la tarea de llevar a aquellas tierras aires de progreso y libertad. Característica de la mayoría fue la escasa duración de sus mandatos, por lo regular muy breves, que algunos de ellos ejercieron en más de una ocasión.

(45) En SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., p. 93.

(46) ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., p. 28.

Un breve repaso a los más significados en Cuba puede resultar ilustrativo (47).

Entre los que pasaron a la historia con fama de autoritarios y hasta tiránicos se encuentra Miguel Tacón, gobernador capitán general de Cuba entre 1834 y 1838, a quien historiadores cubanos acusan de erigir el terror en sistema de gobierno, remachar el despotismo militar y cerrar la puerta a posibles reformas liberales en la isla. Signo de esa actitud fue el hecho de que, por decisión propia, mantuvo la Comisión Militar Ejecutiva y Permanente, célebre por sus procesos sumarios y carentes de garantías, a pesar de que en la metrópoli ese tipo de organismos cesaron en julio de 1834 (48). Hombre que en la península pasaba por francamente liberal, otros destacan también en él su perfil de déspota ilustrado, mecenas de las artes, urbanista y modernizador de la ciudad de La Habana (49), o su significado de símbolo de apertura a una nueva época, bien patente ya en el gesto de desplazar a un lugar secundario a la aristocracia criolla, reservando la primera fila a los comerciantes, en la recepción que ofreció con motivo de su toma de posesión (50). Fue nombrado conde de la Unión de Cuba.

Sus sucesores se mostraron partidarios de no hacer innovaciones en el régimen de administración de la isla, y esa fue la política que aconsejaron al Gobierno. Una actitud muy distinta a la de José Gutiérrez de la Concha, marqués de La Habana. Desde el inicio de su primer mandato en Cuba (1850-1852), alertado por la situación en la que encontró la Administración de la isla y los claros signos de desafección hacia la metrópoli que percibió en sus habitantes, manifestó un especial empeño en robustecer la autoridad del gobernador, aumentando el ámbito de su acción gubernativa en sectores como obras públicas, beneficencia, sanidad o instrucción pública, y por esa misma línea transcurrió su segundo mandato (1854-1859),

(47) Sobre los de Puerto Rico, Cfr. LALINDE, *La administración española*, cit., pp. 129 ss.

(48) FRANCO, *La reacción española*, cit., pp. 37 ss. La comisión se mantuvo en Cuba hasta que en 1869 la suprimió el general Dulce.

(49) ESPADAS BURGOS, M., *Elite militar e intereses cubanos*, en *La presencia militar española en Cuba (1868-1895)*. II Jornadas de Historia Militar, Madrid, Ministerio de Defensa, 1995, pp. 67-83, esp. p. 76.

(50) MORENO FRAGINALS, *Cuba/España*, cit., p. 190.

que aprovechó para hacer asimismo una reestructuración de los ramos de Hacienda y Ejército. Siempre con la centralización como idea fija de sus propuestas y reformas, le guió en todo ello una clara intencionalidad política, buscando la atracción de la población cubana en momentos en que la anexión a Estados Unidos era planteada por algunos como una alternativa real ⁽⁵¹⁾. Resultaba imperioso, a su juicio, sacar a la isla del desgobernado y reforzar los lazos con la madre patria, objetivos que esperaba obtener de la política antes indicada. Mejorando la Administración esperaba fomentar la afección a la metrópoli, y para lograr lo primero estimaba forzoso aumentar la autoridad del capitán general. A él se debe la creación en 1855 del Cuerpo de Voluntarios, integrado por miembros de las clases medias que, con la poderosa cooperación del clero, se alineó desde un principio con los sectores más reaccionarios y propeninsulares ⁽⁵²⁾. Gutiérrez de la Concha fue, sin duda, uno de los gobernadores más comprometidos con la defensa del *statu quo* colonial y que más se identificó con los intereses del grupo propeninsular, al que en su segundo mandato concedió las contratas de abastecimiento de la Administración insular, elemento decisivo desde entonces de la relación entre dicho grupo y la Capitanía General de la isla ⁽⁵³⁾.

De su primer mandato procede un testimonio sobre el que merece la pena detenerse. Se trata de la memoria que él mismo remitió al ministro de la Gobernación el 21 de diciembre de 1850, al poco tiempo de desembarcar por primera vez en la isla tras haber sido nombrado el 18 de septiembre gobernador, capitán general y presidente de las Reales Audiencias de Cuba, y contiene interesantes datos y juicios sobre la gestión de sus antecesores ⁽⁵⁴⁾. Es, asimismo, una prueba elocuente del talante con que uno de los hombres más influyentes en la historia colonial de la Cuba decimonónica abor-

⁽⁵¹⁾ SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 10, 69 ss., 95 ss., 116 ss. y 181 ss.

⁽⁵²⁾ En FRANCO, *La reacción española*, cit., pp. 47 ss., ejemplos de sus desmanes y atropellos. Sobre los contactos de José Gutiérrez de la Concha con el grupo propeninsular y las circunstancias de su designación, CAYUELA, *Babía de Ultramar*, cit., pp. 9 ss.

⁽⁵³⁾ CAYUELA, *Babía de Ultramar*, cit., p. 15.

⁽⁵⁴⁾ En SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 13-21.

daba el ejercicio de su cargo y del modo en que a sus ojos se presentaba la situación en el ecuador del siglo, con una fuerte corriente en la isla que abogaba por la anexión a los Estados Unidos como principal peligro en el momento para su conservación por parte de España ⁽⁵⁵⁾. Por eso parece oportuno prestarle atención.

Muy preocupado por el estado en que había hallado la autoridad y por la relajación de los lazos con la madre patria que enseguida había podido detectar, le indicaba en ella al ministro sus causas y posibles medios de corrección. A su parecer, la mayoría de los vicios, abusos y males con los que se había encontrado arrancaban del mandato del general Dionisio Vives en 1823, y se debían a la política seguida para sofocar los ecos del vértigo revolucionario de 1808 que aún se mantenían en la isla. Estimaba que no había resultado afortunada su combinación de autoritarismo y tolerancia. Para mantener la isla unida a la metrópoli, el general Vives había reforzado la guarnición militar, concedido condecoraciones y honores a los magnates, consentido los juegos de azar y « los asombrosos desórdenes del foro », y descuidado la seguridad y policía, y, al cabo, cansado, había concluido por no hacer nada, dejando al país en la mayor desorganización y desconcierto, pervertidas las costumbres, relajada la moral, conculcadas las leyes y esparcidas las peligrosas ideas de independencia. La situación no había hecho más que empeorar con su sucesor, Mariano Picafort, cuando la autoridad superior había llegado incluso a descender vergonzosamente a condescendencias interesadas con los traficantes del comercio prohibido de negros. Al relevarlo en 1834, el general Miguel Tacón había tenido que luchar contra abusos ya muy arraigados, mientras la caduca Administración se encontraba en un estado de total abandono. Pese al panorama, Tacón había logrado regenerar (« por así decirlo ») la vida civil y política y restablecer la confianza pública, la seguridad individual, el respeto a las leyes y autoridades. Había desterrado los juegos prohibidos, establecido el « Juzgado de vagos y picapleitos » y reformado la policía urbana; construido grandes edificios públicos y reprimido el germen de insurrección, todo ello a costa de ganarse grandes enemigos que, al fin, habían acabado forzando su destitución.

(55) Sobre el anexionismo, MORENO FRAGINALS, *Cuba/España*, cit., pp. 201 ss.

De abril de 1838 a octubre de 1843 le habían seguido los tenientes generales Joaquín Ezpeleta, príncipe de Anglona, y Jerónimo Valdés, sin acontecimiento notable que destacar en sus mandatos. Luego, Leopoldo O'Donnell había gobernado con firmeza. Para entonces, la desafección presentaba ya muy claros síntomas. De tiempo atrás, algunos cubanos, convencidos de la imposibilidad de la independencia y de que no podía esperarse nada de Inglaterra en ese empeño, en contacto con el partido demócrata norteamericano habían comenzado a editar desde Nueva York un periódico dedicado a desacreditar al gobierno y autoridades de Cuba. Terminada la guerra con México, y anexionado Tejas, Nuevo México y California, en los Estados Unidos se avivó luego su deseo de conquistas y se acogió con más interés la idea de anexión, especialmente en los estados sureños por el asunto de la esclavitud. Cuando luego en febrero de 1848 se había producido la toma de posesión del conde de Alcoy, antecesor de quien esto escribía, las cosas no habían hecho más que empeorar. Los sucesos de Francia y la ley de manumisión de la esclavitud en las colonias habían aumentado la fuerza de los anexionistas, los cuales, temerosos de que España siguiese el ejemplo de Francia, encontraban más seguridad para sus propiedades y esclavos bajo pabellón americano.

Tal había sido la situación con que se había encontrado José Gutiérrez de la Concha. En su opinión, había que atribuir también parte de responsabilidad a algunas medidas de los Gobiernos españoles anteriores, comenzando por la apertura de sus puertos a todas las naciones del globo. El trato con extranjeros que habían ido a domiciliarse a Cuba y los viajes a Europa y Estados Unidos habían producido cambios en las costumbres; con ellas, el cambio de ideas y, en contacto con « la parte más demócrata y enemiga de España », el cambio también en sentido desfavorable a los intereses peninsulares. No había sido menos perjudicial la creación de la Universidad de La Habana, pues, al mantenerse el criterio de no emplear en las carreras públicas más que a unos pocos cubanos, los abogados y médicos que salían de sus aulas se convertían en un foco constante de descontentos que aumentaba asimismo el « espíritu de desafección ». E igualmente encontraba equivocada la política seguida por la Junta de Fomento, Agricultura y Comercio, que, en vez de emplearse en los caminos y obras más convenientes a la defensa del

país, había emprendido la construcción del ferrocarril y caras y ostentosas obras que hacían parecer al país sobrepuesto a la península en tales adelantos ⁽⁵⁶⁾. De ese modo, reflexionaba, los propios beneficios del Gobierno habían contribuido a que los naturales se considerasen más avanzados en civilización y con mayores elementos de riqueza que la madre patria, y algunos incluso incómodos con su dependencia de ella. Los progresos no servían más que para excitar la ambición de los pueblos y crear necesidades morales que luego los gobiernos tenían que satisfacer.

Sólo una cosa hubiese servido para compensar esos efectos: « una buena, recta é ilustrada Administración pública ». Desgraciadamente, ninguna de esas condiciones había tenido, de muchos años a esa parte, la de la isla. Lejos de eso, sus errores y escandalosos abusos, junto a la inmoralidad con que generalmente se había ejercido, habían contribuido más que nada a exaltar las peligrosas ideas y a exacerbar las pasiones hasta el punto en que se encontraban, cuando incluso se hacía de ellas ostentación insultante (como si la separación de esta isla del dominio de la madre patria, decía, no ofreciese dificultades y grandes peligros para quienquiera que lo intentase). Aceptando como un hecho la corrupción de los funcionarios y el deseo inmoderado y codicioso de aumentar las utilidades de sus puestos, atribuía este mal al sistema de obvenciones y regalías que primaba en la Administración pública, fuente de abusos y vejaciones al país, lógicamente indignado. « Quiérese hoy sacar de los destinos en uno ó dos años los rendimientos que antes no ofrecían en el discurso de 12 ó 15 años ». Y hasta se alardeaba de ello.

Mal parada salía también en sus observaciones la justicia. « La institucion de la justicia es la verdadera garantía de las sociedades », decía, mas los encargados de ella no estaban a la altura de su misión, con el natural descontento contra el Gobierno. Los fiscales y asesores del ramo de Hacienda, por ejemplo, no procuraban más que su

(56) Cuando en 1848 se inauguró en España el primer tramo del ferrocarril — Barcelona/Mataró — Cuba, que contaba ya con caminos de hierro desde 1838 — La Habana/Güines —, tenía 618 kms. de vías férreas, y a los 10 años el doble (MORENO FRAGINALS, *Cuba/España*, cit., pp. 207-208 y, sobre ese y otros adelantos de la época promovidos por la élite cubana y que situaron a la isla por encima de la metrópoli, del mismo autor, *España, Cuba y la guerra hispano-cubana-norteamericana*, en *Jirones de hispanidad*, cit., pp. 18 ss.).

lucro personal, derivado de los derechos de vistas procesales sobre expedientes abandonados que, nada más tomar posesión, sacaban a toda prisa de los archivos, pues, dada la frecuencia con que eran relevados, no podían perder el tiempo. El resultado era la ruina de las familias. Reconocía que desde el establecimiento de la Audiencia Pretorial de La Habana (1838) se habían hecho saludables reformas en los juzgados inferiores, pero pese a todo quedaban aún grandes abusos y vicios y los tribunales generalmente inspiraban horror a los habitantes, muchos de los cuales miraban a la justicia como la heredera forzosa de sus fortunas.

No menos lamentable era el cuadro de « la parte de la Administración llamada propiamente Gobernación Civil » con que el general de la Concha se había topado. A su llegada a la isla, personas probas y honradas le habían revelado que algunos tenientes gobernadores permitían en sus distritos el juego, y que el deseo de enriquecerse era el afán con que habitualmente venían aquí los jefes. Él mismo pudo comprobar personalmente la certeza de las denuncias y cómo aquellos vendían su tolerancia por un estipendio pecuniario con el que contribuían diariamente los jugadores, « en la seguridad evidente de su impunidad ». Si así se conducían los tenientes de gobernador, era fácil imaginar a qué abusos llegarían los capitanes y tenientes de partido, comentaba. Los mismos jueces pedáneos, ministros inferiores de justicia, gobierno y policía, pese a los insignificantes ingresos que tenían atribuidos, llegaban a ganar hasta seis mil pesos anuales (« y muchos de ellos usan carruajes y ostentan otros objetos de lujo »). Vía no pequeña de ingresos eran en su caso las igualas sobre la parte de las multas dispuestas en los bandos de buen gobierno que se atribuían a esos agentes para estimular el celo en su observancia; pagando sólo la parte que a ellos les correspondía, permitían que los afectados quedasen libres de cumplir el bando.

Excesos, abusos y corrupciones que explicaban que quienes los sufrían recurriesen a cualquier medio para separarse de sus opresores. El general de la Concha comprendía el deseo de emancipación de la metrópoli, que a su juicio se hallaba muy extendido. « Este es el bosquejo que puedo presentar á V. E. del estado político y civil del país », concluía. No temía a una insurrección, la cual en el momento, con los medios de que disponía, sofocaría al instante,

pero sí al mantenimiento de su deseo latente, porque sólo por la ley de la fuerza, sin confianza recíproca ni identificación de intereses, ningún pueblo podría permanecer sometido a su Gobierno.

Con todo, mantenía la esperanza de que, pese a cuadro tan triste y desolador, el Gobierno español pudiera restablecer el prestigio perdido y las leyes recobrar su antiguo imperio, estrechándose a la vez los lazos con la madre patria, « porque al fin estos habitantes han nacido españoles, profesan la religion de sus padres, tienen sus mismos hábitos y costumbres, y conservan recuerdos y tradiciones que halagan al corazón ». Favorecía esa esperanza el carácter blando y pacífico de los mismos y su aversión en general a la dominación extranjera. Pero para eso era necesario, añadía, que el Gobierno fijase toda su atención en la isla y procurase remediar los males que la afligían y habían creado ese estado de opinión.

A su parecer, no era aún momento de tocar ninguna cuestión política. La firmeza, la justicia y el buen ejemplo de los empleados públicos eran armas suficientes. Cualquier concesión que se hiciese se arriesgaría a que el país pidiese más y más. Pero lo que sí resultaba urgente era entrar de lleno en las reformas administrativas y la buena elección de los funcionarios, ofreciéndose él mismo para hacer las necesarias propuestas a los diferentes ministerios y, por lo pronto, poner su empeño en el restablecimiento del orden y la moralidad en la Administración, así como en el logro de una opinión pública más en favor de la madre patria, haciendo, en definitiva, más grato a aquellas gentes el nombre de español. Con la expresión de esos deseos e intenciones concluía su informe, al que luego sucedió una larga correspondencia con Madrid también muy ilustrativa como testimonio histórico ⁽⁵⁷⁾.

(57) En SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., algunos de sus informes y peticiones. Por ejemplo, pp. 36 ss., « Comunicacion del General Concha sobre el estado en que se hallaba la Instruccion primaria en la Isla de Cuba, dirigida al Gobierno en 15 de Marzo de 1851 »; 116 ss., « Comunicaciones del General Concha manifestando, en una, la necesidad de robustecer la autoridad del Capitán General y darle amplias facultades, y en otra, resumiendo sus proyectos y pensamientos de gobierno », 1 abril y 21 julio de 1851 (quejándose en la primera, entre otras cosas, de la excesiva autoridad de las Audiencias y la falta de independencia de la Administración civil, así como de la escasa capacidad económica del capitán general, quien, a diferencia de la también para él demasiado poderosa Junta de Fomento, no podía disponer de 1.000 pesos ni crear un

Si el capitán general de la Concha sobre patrones propios del Despotismo ilustrado creyó en el poder benéfico de una Administración intervencionista, recta, eficaz y dirigida desde el centro como elemento central de una política de conservación, otros, desentendiéndose de objetivos políticos, gobernaron movidos por otro tipo de afanes muy distintos. El principal recuerdo que el general Leopoldo O'Donnell dejó de su paso por la Gobernación y Capitanía General de Cuba (de la que tomó posesión el 20 de octubre de 1838) fue el de su ambición y falta de escrúpulos, que le llevaron a tomar parte activa en el negocio del contrabando negrero, y, junto a él, el de su feroz matanza en 1844 de destacadas figuras de la progresía y el liberalismo cubanos⁽⁵⁸⁾. Por contra, otros combatieron activamente la trata de esclavos, como fue el caso del capitán general Juan de la Pezuela, que llegó a Cuba en 1853 (para suceder al anodino Valentín Cañedo Miranda) después de haber ejercido el mismo cargo en Puerto Rico, donde se había distinguido por su apoyo a la cultura, impulsando la creación de la Academia de la Lengua y la Sociedad Conservadora del Teatro Español, así como la fundación de escuelas y la formación de los maestros. Precedido de una fama de innovador y protector de los negros, en Cuba intentó que España cumpliera su compromiso sobre la prohibición del tráfico de esclavos, y con ese objetivo el Gobierno de Madrid le había escogido a él. Era bien consciente de la situación. En carta a su hermano escribía en una ocasión: « El sueldo de gobernador de Cuba es de 5.000 pesos, que se gastan todos en vivir. Lo que enriquece es el tráfico clandestino de negros, perseguido por los ingleses pero protegido por nuestro Gobierno. Cada negro deja al gobernador una onza de 16 pesos. El año que entran muchos se arma el gobernador ». Su política de persecución del contrabando negrero tuvo bastante éxito, pese a la abierta enemiga del grupo propeninsular (con el poderoso marqués de Manzanedo a su cabeza), que concluyó lo-

arbitrio con el que construir un simple puente de madera para facilitar el correo o la movilización de tropas); pp. 125 ss. otras propuestas, como la supresión de la Audiencia de Puerto Príncipe y noticias militares (expedición de Narciso López...); pp. 136 ss., carta al ministro de la Guerra, Habana 2 julio 1851, con interesantes datos y opiniones propias sobre la población.

⁽⁵⁸⁾ FRANCO, *La reacción española*, cit., pp. 38 y 39. Le llama « tigre » y, a su mandato, el « sultanato ».

grando su relevo. Su sucesor, Gutiérrez de la Concha, dejó sin efecto muchas de sus medidas ⁽⁵⁹⁾.

En la apertura de Cuba al liberalismo fueron sin ninguna duda los generales Francisco Serrano y Domínguez (nombrado en 1862 duque de la Torre), y Domingo Dulce y Garay (marqués de Castell-Florite también desde ese mismo año), los personajes más destacados en el período anterior a la Guerra de los Diez Años. Ambos tenían fuertes lazos de parentesco con la sacarocracia cubana ⁽⁶⁰⁾.

Francisco Serrano fue nombrado gobernador capitán general de Cuba por real decreto de 20 de septiembre de 1859. En la línea de Gutiérrez de la Concha, y siguiendo instrucciones expresas del Gobierno, se propuso desde un principio captar la voluntad de los habitantes y fomentar el deseo de unión con la metrópoli. Acabar con el anexionismo y plantear reformas, ser exigente con las autoridades, arreglar el gobierno y la administración, permitir la acción de la justicia y la hacienda, mejorar la instrucción y las obras públicas, exigir a los funcionarios la más exquisita probidad, lealtad, aptitud y celo en el desempeño de sus destinos, y procurar la colocación de nativos en la gestión pública fueron puntos centrales de su programa con los que, efectivamente, muy pronto pudo atraerse las simpatías de muchos cubanos. Su gobierno conciliador y liberal duró hasta 1862, consiguiendo amortizar el espíritu de descontento de la isla al introducir la esperanza en un porvenir de reformas ⁽⁶¹⁾.

Llegó a diseñar todo un *Proyecto de Ley Orgánica de la Isla de Cuba*, que remitió al Gobierno desde La Habana el 12 de noviembre

⁽⁵⁹⁾ M. ESPADAS BURGOS, *Elite militar*, cit., pp. 78 ss.; CAYUELA, *Babía de Ultramar*, cit., pp. 12 ss.

⁽⁶⁰⁾ Serrano se casó con una de las hijas de su tío, el conde de San Antonio, hombre de gran riqueza procedente de la economía azucarera cubana y casado con la hija del marqués de Guáimaro, otro de los personajes más ricos e influyentes de la isla. A mediados de siglo, el grupo familiar era propietario de nueve de los más importantes ingenios. En cuanto a Dulce, también estaba casado con otra criolla « de imponente riqueza azucarera », la condesa viuda de Santovenia, cuyo primer marido había sido el representante en el azúcar y la trata de negros de Francisco de Asís de Borbón, esposo de la reina Isabel II: MORENO FRAGINALS, *Cuba/España*, cit., p. 229.

⁽⁶¹⁾ SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 234 ss.

de 1860 precedido de una amplia exposición ⁽⁶²⁾. Partía en ella con el recuerdo de 1837 como fecha de una decisión sobre cuya oportunidad y acierto disentía pero a la que reconocía el mérito de permitir la « uniformidad conveniente » para las provincias de ultramar y, sobre todo, y lo más importante, « la conservación del fecundo principio de la unidad nacional como base de las relaciones entre la Metrópoli y sus provincias de Ultramar, fuese cualquiera la organización interior que para éstas se considerase más provechosa ». En los veintitrés años transcurridos desde entonces nada se había hecho, y de ahí la oportunidad de su proyecto, en el que había pretendido conjugar la unidad nacional con la matizada uniformidad permitida por la situación geográfica y las circunstancias especiales de la Reina de las Antillas. Un proyecto cuya realización habría de ser fruto de las Cortes y que también, como uno de sus puntos principales, incluía la admisión de nuevo de Cuba a la representación nacional, mediante diputados elegidos por sufragio censitario entre sus mayores contribuyentes. A la sazón (bajo el marco de la Constitución moderada de 1845), algunos de los grandes propietarios cubanos habían sido ya designados senadores por la Corona, pero Serrano consideraba de estricta justicia llevar una representación electiva al Congreso en aras al principio de unidad nacional. Entendía que una población como la de Cuba, rica, ilustrada e imbuida de las doctrinas y preocupaciones políticas de la época, no podía carecer de aspiraciones, y que lo que importaba al Gobierno era tomar la iniciativa, darles dirección y apoderarse de ellas, eliminar pretextos, porque de otro modo se mantendría latente y en progreso continuo la conspiración. Y explicaba también por qué uno de los artículos establecía que « la nación garantiza á los habitantes de la Isla de Cuba la propiedad de sus esclavos ». Para él se trataba de una necesidad (justificada por la agitación despertada en la isla a raíz de los acontecimientos de la Francia de 1848, así como por la amenaza continua de los estados esclavistas del sur norteamericano) y algo, por otra parte, totalmente acorde con la voluntad y los sentimientos de la Nación.

En cuanto a la organización institucional, su proyecto mantenía a la cabeza de la isla un gobernador general « con todo el caudal de

⁽⁶²⁾ Ivi, pp. 235-246.

poder y atribuciones ordinarias y extraordinarias », como único representante directo y legítimo de la Reina y su Gobierno, del que deberían depender todas las restantes autoridades y al que auxiliaría un Consejo privado inspirado en el sistema colonial francés para Martinica y Guadalupe. No sería indispensable su condición militar. En punto a responsabilidad, el viejo juicio de residencia era sustituido por el enjuiciamiento del gobernador ante el Senado, a solicitud del Gobierno o los particulares, previo pronunciamiento del Congreso favorable a la acusación. Proponía también una amplia reforma de los centros administrativos, distribuidos en un nuevo organigrama, y, en cuanto a organización territorial, la creación de una nueva vida provincial enmarcada en unos Consejos de provincia con miembros designados por los ayuntamientos. Ellos, junto con el gobernador, elegirían los vocales de un Consejo general de la isla, con facultades meramente consultivas, cuyo dictamen, caso de no seguirse por el gobernador, obligaba simplemente a éste a fundar su resolución contraria y a dar cuenta inmediata al Gobierno. Y, puesto que, a su juicio, los problemas de Cuba sólo podrían conocerse *in situ* y no podía seguir gobernándose para ella desde Madrid sin constancia de ellos y de sus inquietudes reales, concluía solicitando al Gobierno el envío a la isla de personas de toda su confianza para que fueran a estudiar sus necesidades políticas y administrativas y le expusieran luego leal y francamente el fruto de su estudio.

Sobre ese planteamiento, los nueve artículos iniciales se dedicaban a los derechos, partiendo de un art. 1º donde se disponía que los habitantes de Cuba y demás provincias del Reino avecindados en ella disfrutarían de todos los derechos y estarían sujetos a todas las obligaciones que las leyes de la Monarquía declaraban e imponían a los españoles « segun el territorio de su respectiva vecindad y segun su condicion ». El derecho de propiedad sobre sus esclavos era uno de ellos, que la Nación garantizaba (art. 9). En relación con las leyes especiales, indicaba que sus bases deberían ser aprobadas por las Cortes, si bien concedía al Gobierno amplia capacidad de acción para decidir la promulgación o no en la isla de las leyes sancionadas para las demás provincias del Reino y para establecer las modificaciones oportunas en los códigos españoles a efectos de su aplicación allí. Admitida de nuevo Cuba en las Cortes españolas, le correspondería un diputado por cada 75.000 almas de su población libre,

elegido por sufragio censitario, siendo electores los mayores contribuyentes de raza blanca que se encontrasen en pleno goce de sus derechos civiles y políticos, y elegibles los que, además, fuesen españoles nacidos o con propiedades en la isla, o residentes en ella durante cuatro años (art. 13).

No pasó de ser un plan pero, haciendo de la intención que lo animaba el lema de su mandato, durante sus años al frente de Cuba el general Serrano supo rebajar el clima de tensión e introducir mejoras en el gobierno y administración de la isla, que en algunos sectores de la burguesía criolla despertaron la ilusión de inmediatas reformas. Le sucedió el teniente general Domingo Dulce y Garay (uno de los hombres más importantes del levantamiento progresista de 1854, nombrado gobernador capitán general de Cuba el 13 de agosto de 1862), quien se propuso continuar por su misma línea. Se mantuvo en el cargo hasta abril de 1866 y, tras haber tomado parte activa en la preparación de la Revolución de Septiembre junto a Serrano y Prim, volvió a ocuparlo de nuevo durante el Sexenio Democrático. Partidario de la abolición de la esclavitud, se enemistó con los grandes mercaderes de negros. Tuvo gestos elocuentes, como su negativa a presidir el Cuerpo de Voluntarios, que le hicieron ganar popularidad ante muchos cubanos, aunque suscitaba recelos en el sector integrista por su talante liberal ⁽⁶³⁾.

Comprendiendo muy pronto que entre los reformistas de Cuba, junto a quienes defendían una línea de asimilación con las provincias de España, había otros deseosos de una autonomía al modo canadiense, Dulce se dedicó a fomentar los apoyos a la primera y a disuadir de la segunda ⁽⁶⁴⁾. La asimilación en todo lo que permitiesen las especiales circunstancias de Cuba fue su propuesta, en perfecta sintonía con las directrices de Cánovas y del nuevo Ministerio de Ultramar, creado por real decreto de 20 de mayo de 1863 ⁽⁶⁵⁾. Parte de su mandato coincidió con la génesis y actuaciones

⁽⁶³⁾ Sobre su presencia en Cuba, J. R. CERVERA PERY, *La Revolución de 1868 y su proyección cubana. Los capitanes generales Lersundi, Dulce y Caballero de Rodas*, en *La presencia militar española en Cuba*, cit., pp. 11-29.

⁽⁶⁴⁾ SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 265 ss.

⁽⁶⁵⁾ ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 26 ss.

de la Junta de Información de Ultramar, que para la cuestión que nos ocupa fue el acontecimiento más relevante del mismo.

Le sucedió el general Francisco Lersundi, opuesto a todo tipo de reformas y que en poco tiempo dio al traste con los esfuerzos conciliadores de sus dos antecesores inmediatos y exacerbó los ánimos de los separatistas. Clausuró el Círculo Reformista, que Dulce había apoyado decididamente, por considerar subversivas sus reuniones ⁽⁶⁶⁾. Ardiente partidario del *statu quo*, en los cinco meses que duró lo que sería su primer mando en la isla no dejó ningún rastro en los papeles del Ministerio de Ultramar, ninguna propuesta o sugerencia de cambios. Para relevarlo, el 22 de septiembre de 1866 se nombró al teniente general Joaquín del Manzano, quien, pendiente el Gobierno de los resultados de la Junta y por tanto en suspenso cualquier iniciativa reformista, orientó su acción a la mejora económica de Cuba y a la demanda de mayores medios defensivos. Le tocó aplicar el impopular decreto de 12 de febrero de 1867 sobre establecimiento de la imposición directa, tan mal recibido por la población cubana. Murió allí en septiembre de 1867, y al poco fue nombrado de nuevo Lersundi, el cual aumentó el disgusto producido por los nuevos impuestos merced a medidas como el inmediato restablecimiento de las comisiones militares en la isla. Estaba al frente de ella cuando en la península estalló la Revolución de Septiembre y, al poco, en Cuba, la primera gran guerra independentista ⁽⁶⁷⁾.

A este segundo mandato de Lersundi corresponde un decreto de 26 de noviembre de 1867 que trató de definir con rasgos más precisos el « verdadero carácter y condición » de los gobernadores capitanes generales de Cuba y dar unidad a su disperso régimen jurídico, cuyo recuerdo servirá como cierre de este epígrafe. Fue precedido de algunos cambios, como la atribución de su nombramiento al presidente del Consejo de Ministros el 3 de octubre de ese año, y la subordinación de la Capitanía General de Puerto Rico a la de Cuba en lo relativo a armamento y defensa el 11 de noviembre. Dado que el perfil institucional de tan elevado cargo se había hecho hasta entonces a golpe de disposiciones encadenadas, en esos mo-

⁽⁶⁶⁾ CERVERA PERY, *La Revolución de 1868*, cit., pp. 17 ss.

⁽⁶⁷⁾ SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 298 y 299.

mentos se consideró necesario hacer en una sola norma la recapitulación y síntesis de resultados de tal proceso, con una finalidad confesada de clarificación pero que también llevaba consigo un nuevo acrecentamiento de poderes. Se concebía al gobernador como « la Autoridad superior que en aquella provincia asume las altas funciones de primero y principal representante de los poderes del Estado », facultado para suspender la ejecución de las resoluciones emanadas del Gobierno central y los acuerdos de las autoridades subordinadas, y se confirmaban expresamente los poderes excepcionales conferidos por la real orden de 1825 (68).

2.3. *La voz de ultramar.*

Desde que en 1863 se creó el Ministerio de Ultramar, se arrastró un conflicto crónico de entendimiento entre Capitanía y Ministerio, « instituciones que se entendían poco y mal » (69). Factor importante del desencuentro era el deficiente conocimiento que siempre había existido en la metrópoli acerca de la realidad de aquellas tierras. Muchos llegaban allí sin saber qué es lo que se iban a encontrar, y el contacto con aquel mundo tan distinto les producía un cambio de personalidad que pronto les hacía olvidar intenciones y principios. Buen ejemplo de ello es el caso del general Tacón, a quien pocos en Cuba recordarían bajo la imagen de hombre liberal que le distinguía en la península. Tampoco resulta fácil reconocer en el Prim de Puerto Rico, que durante su etapa de gobernador de la isla alertó en un bando contra la « ferocidad estúpida » de los negros y su natural inclinación al incendio, el asesinato y la destrucción, y a quien se debe el llamado “Código negro de 1848” donde se autorizaba matar a los esclavos rebeldes, al general considerado en España como

(68) ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 34-35. Se acompañaba un cuadro general de sus atribuciones y de las dependencias centrales de la Administración civil y económica en Cuba. El texto del decreto, en la *Gaceta de Madrid* del 27 de noviembre. Lo publica, con el cuadro, SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 75 ss. Sin duda, entre la documentación preparatoria del mismo hay que situar el memorial de Ahumada citado páginas atrás.

(69) ESPADAS BURGOS, *Elite militar*, cit., p. 74. Sobre ese punto, también M^a V. LÓPEZ-CORDÓN CORTEZO, *La política exterior*, en *Historia de España Menéndez Pidal* T. XXXIV, *La era isabelina y el Sexenio democrático (1834-1874)*, Madrid, Espasa-Calpe, 1981, pp. 882 ss.

paradigma del militar de ideas liberales, un personaje tan directamente comprometido con la Revolución de Septiembre y el signo liberal y democrático que se le quiso dar (70). El problema adquirió una especial relevancia a partir de 1837, pues, desde el momento en que se anunció para Cuba y Puerto Rico un régimen de legislación especial cuya razón de ser se justificaba en sus condiciones particulares, el conocer cuáles fueran estas parecía requisito previo a la toma de cualquier decisión al respecto. Por eso de inmediato se dispusieron algunas medidas con las que se esperaba obtener esa imprescindible información a uno y otro lado del Atlántico.

Tras la liquidación del régimen polisinodial y la consiguiente supresión en la península del Consejo y la Cámara de Indias en marzo de 1834, faltaba un organismo dictaminador que asesorase en las cuestiones de la política ultramarina, y para llenar ese vacío un decreto de 24 de octubre de 1838 creó la Junta consultiva de Gobernación de Ultramar. Funcionó activamente desde su misma instalación y, entre otras cosas, en uno de sus primeros informes propuso la conveniencia de establecer como regla general que ninguna ley, decreto o disposición acordada para la península se aplicara en ultramar sin su previo examen (71). Fue, sin embargo, un organismo efímero, suprimido por Espartero dos años después (octubre de 1840), dentro de un plan general que afectó también a otras juntas sectoriales, consideradas todas innecesarias. Posteriormente, en julio de 1841 se creó una nueva con el encargo de revisar las leyes de Indias a efectos de su reforma o supresión y de proponer las que fueran a reemplazarlas (72). Y en septiembre de 1845 se organizó en el Consejo Real una Sección especial de Ultramar, que debía ser oída en todos los asuntos relativos a esas provincias y su régimen especial (73).

Para las noticias *in situ*, ya el propio texto del decreto de 1837

(70) C. SERVÁN REYES, *Laboratorio constitucional en España: el individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, tesis doctoral inédita, Universidad de Sevilla, 2003, p. 459; LALINDE, *La administración española*, cit., pp. 52-53. El código fue derogado a los pocos meses por su sucesor, el conservador y abolicionista moderado marqués de La Pezuela.

(71) ALVARADO PLANAS, *Constitucionalismo y codificación*, cit., pp. 198-199. La califica de conservadora, partidaria del *statu quo*.

(72) Ivi, pp. 202 ss., con referencia a algunos de sus trabajos. Se suprimió en 1851.

(73) TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio histórico*, cit., p. 33.

donde se manifestaba la decisión de las Cortes Constituyentes establecía que las autoridades superiores de las islas deberían hacer a sus respectivos gobernadores las propuestas que considerasen oportunas con vistas a las leyes especiales que en el futuro habrían de gobernarlas ⁽⁷⁴⁾. Incluso inicialmente se pensó contar con la opinión de los propios afectados, y así una real orden de 27 de julio de 1837 dispuso la formación en La Habana de una Junta de Notables (con cuatro secciones y dieciséis miembros, cinco de los cuales debían ser cubanos), para asesorar al Gobierno en su elaboración. De muy breve existencia también, y muy mediatizada siempre desde Madrid, se disolvió muy pronto, el 15 de enero de 1838 ⁽⁷⁵⁾. Meses después, una real orden de 26 de junio de 1838 encargó a otras juntas locales en Cuba y Puerto Rico la información sobre la que habrían de formularse las bases de las leyes especiales, y un real decreto de 28 de diciembre de ese mismo año ordenó para el mismo efecto la constitución de una comisión regia que, trasladándose a cada una de las islas y presidida por su respectivo capitán general, debía inspeccionar el estado de la Administración y hacer las pertinentes proposiciones. La comisión actuó primero en Cuba y luego en Puerto Rico, de donde regresó a la península a principios de 1840 con la propuesta de intensificar el grado de vinculación institucional a la metrópoli y la impresión de que la mayoría de los habitantes eran contrarios a las reformas ⁽⁷⁶⁾. A juzgar por los resultados de su actuación en Puerto Rico, parece que orientó más bien su cometido dentro de la línea de las viejas visitas de control y fiscalización de los organismos regios; al cabo de un mes de investigaciones, la comisión informó en contra de la actuaciones del gobernador López de Baños, que fue relevado en mayo de 1840 ⁽⁷⁷⁾.

Realmente fue muy poco el papel que se concedió a las provincias ultramarinas en el rumbo de ese nuevo destino que le marcaban las leyes especiales. Ni se había tenido en cuenta su opinión a la hora de decretarlo y apartarlas del marco constitucional, ni parece que

⁽⁷⁴⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 130.

⁽⁷⁵⁾ A. ELORZA, y E. HERNÁNDEZ SANDOICA, *La Guerra de Cuba (1895-1898): historia política de una derrota colonial*, Madrid, Alianza, 1998, p. 31.

⁽⁷⁶⁾ ALVARADO PLANAS, *Constitucionalismo y codificación*, cit., pp. 199-202.

⁽⁷⁷⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., pp. 40 y 131.

interesara tampoco escuchar su voz a propósito de cuáles hubieran de ser sus características. Se las gobernaba desde Madrid y por gentes venidas de la metrópoli, y peninsulares eran también quienes ocupaban la mayoría de los empleos públicos en ellas. Marginados de la representación nacional, cubanos y puertorriqueños apenas intervenían siquiera en la gestión de sus intereses propios. Frente a tal situación, en Cuba algunos disfrazaron de actividad literaria su protesta política, echando mano de un lenguaje supuestamente inocente aunque cargado de contenidos simbólicos fácilmente reconocibles, y otros se sumaron a las filas del anexionismo/reformismo nacido en el seno de la sacarocracia (78). Pero sobre las leyes especiales tampoco se plantearon propuestas.

Iniciada la década de 1860 comenzaron a advertirse algunos cambios, al compás del creciente clamor reformista que podía escucharse tanto en la península como en ultramar. Por lo pronto, los nuevos Consejos de Administración creados en 1861 admitieron ya entre sus miembros una tímida presencia de la sociedad criolla. Presididos por el gobernador capitán general, junto a varios miembros natos (en el caso de Cuba, el arzobispo metropolitano, el obispo de La Habana, el regente de la Audiencia, el intendente general del Ejército y Hacienda, el fiscal de la Audiencia y el presidente del Tribunal de Cuentas, además del comandante general del Apostadero como vicepresidente, y en Puerto Rico el obispo, el regente y el fiscal de la Audiencia, el intendente y el presidente del tribunal de Cuentas), incluían también a consejeros nombrados por el rey entre los más altos funcionarios o las personas más caracterizadas de la población local, tales como títulos de Castilla, propietarios « notoriamente acaudalados », directores de banco y miembros de las Juntas de Fomento o Comercio (79).

Yendo un poco más allá, en enero de 1864 el Ministerio de Ultramar pasó a informe del Consejo de Estado un proyecto de decreto que introducía modificaciones de cierta entidad en la composición y funciones de estos consejos ultramarinos. Entre otras

(78) MORENO FRAGINALS, *Cuba/España*, cit., pp. 192 ss.

(79) Real decreto de 4 de julio de 1861 (CL, T. XXXVI, pp. 15 ss. y *Gaceta de Madrid* de 13 de julio). TOMÁS VALIENTE, *Estudio histórico*, cit., pp. 37 ss.; LALINDE, *La administración española*, cit., pp. 147 ss.

cosas, suprimía los consejeros natos y elevaba a treinta en Cuba y dieciséis en Puerto Rico el número de los locales (al tiempo que ampliaba la base de los que podían ser designados para esos puestos), concediendo a estos órganos la facultad de dirigir exposiciones al gobernador o al Gobierno español por su conducto para proponer reformas en los ramos administrativos y económicos. Se justificaba esta última disposición en el carácter de « representación local » que se les atribuía. Mas el Consejo de Estado estimó inconveniente la reforma, ya que, a su juicio, con ella no sólo se cambiaba la naturaleza y objetivos de los Consejos, dando preponderancia al carácter representativo sobre el consultivo que les era propio, sino que también se afectaban los principios políticos y administrativos de todo el sistema de gobernación de ultramar, hasta el momento totalmente dependiente del Gobierno. Encontraba peligroso el riesgo de que pudieran prevalecer en ellos las ideas e intereses locales frente a la influencia de la Administración central. Para él, los Consejos de Administración debían mantener el carácter con el que habían sido creados, como órganos para hacer más suave y fructífera la acción del Gobierno y, a la vez, servirle de ilustración, y no ser convertidos en centros con iniciativa y carácter independiente en la organización de las provincias ultramarinas. Dándoles la facultad de proponer reformas, se razonaba, el Gobierno se convertiría o en instrumento dócil o en obstáculo de las mismas, y, por otra parte, rectificar luego una decisión de este tipo no iba a ser cosa fácil. Razones todas ellas que debieron parecer convincentes al Ministerio, porque de hecho el expediente se archivó ⁽⁸⁰⁾.

Al tiempo, el movimiento reformista fue cobrando fuerza. El 20 de enero de 1865 el general Serrano pronunció un encendido discurso en el Senado solicitando reformas económicas para las provincias de ultramar, una legislación eficaz de una vez y su admisión de nuevo a la representación nacional ⁽⁸¹⁾. Meses más tarde, el 2 de abril se constituyó formalmente en la Academia de Jurisprudencia la Sociedad Abolicionista Española, que el 7 de diciembre del año anterior había empezado a gestarse en la residencia madrileña del puertorriqueño Julio Vizcarrondo, con presencia

⁽⁸⁰⁾ SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 90-93.

⁽⁸¹⁾ *Ivi*, p. 267.

de varios cubanos y también peninsulares (como Segismundo Moret). Presidida su Junta directiva por Salustiano Olózaga, entre los vicepresidentes se encontraban Laureano Figuerola, Juan Valera y Fermín Caballero y, entre los secretarios, el propio Vizcarrondo. Su objetivo: la abolición de la esclavitud en las Antillas españolas ⁽⁸²⁾. Pocos días antes la *Revista Hispano-Americana* había publicado un proyecto de leyes especiales para las Antillas, firmado por Calixto Bernal, donde se reivindicaba la participación de sus habitantes en el gobierno de Cuba y Puerto Rico, se pedían para sus respectivos Consejos de Administración amplias facultades legislativas y se hacía fenecer en ambas islas la vía administrativa, judicial y económica, sin recurso a la península. Sobre el tema de la esclavitud se mostraba cauto, inclinándose por la abolición progresiva sin indemnización ⁽⁸³⁾.

Favorable igualmente a la abolición gradual era el ministro de Ultramar, Seijas Lozano, quien el 29 de mayo de 1865 protagonizó un tenso debate en las Cortes con el diputado Lafuente a propósito de la participación de las provincias ultramarinas en los asuntos que les afectasen. Partidario Lafuente de que los presupuestos de ultramar se debatieran también en las Cortes, la oposición a su propuesta le dio pie a Seijas para exponer su peculiar interpretación sobre el tema de las leyes especiales. Según él, la decisión de 1837 había apartado a ultramar del marco constitucional español y, por consiguiente, cuando se hablaba de leyes especiales no se hacía referencia a leyes elaboradas según el procedimiento legislativo previsto en la Constitución, es decir, por las Cortes y el rey, sino que habría que disponer también uno especial para ellas; hasta entonces, debía ser el Gobierno quien dictase las resoluciones oportunas en relación con esos territorios ⁽⁸⁴⁾.

El momento era de abierta efervescencia reformista. Se hablaba cada vez más de Cuba y Puerto Rico. Con anuencia y consentimiento del capitán general Domingo Dulce y corroborada con más de veinticuatro mil firmas, ese mismo mes de mayo los reformistas cubanos dirigieron una carta al general Serrano, que se iniciaba

(82) DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., p. 268.

(83) SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 109 ss.

(84) D.S. 29-5-1865, pp. 2864 ss.

haciendo expresa apelación a su intervención de enero en el Senado. Destacando el interés por el conocimiento de las necesidades de Cuba que había demostrado siempre durante su etapa de gobernador capitán general de la isla, en la misma línea de su discurso planteaba en torno a tres puntos los problemas a resolver para que « esta apartada provincia, entrando de nuevo en las vías de la legalidad, de la justicia y de la conveniencia, vea afanzarse los vínculos que deben unirla para siempre á su Metrópoli »⁽⁸⁵⁾. Eran estos una nueva ley arancelaria, el cese definitivo de la trata negrera y la representación política de Cuba en el Congreso como fundamento y garantía de las demás reformas políticas, civiles, administrativas y judiciales que habrían de emprenderse. Los tres integraban, a su juicio lo mismo que al de Serrano, las más urgentes necesidades que aquejaban al país, y los tres resultaban imprescindibles para estrechar los lazos de Cuba con España y crear una sólida comunidad de sentimientos e intereses, dejando en un paréntesis el período abierto en 1837.

Lo que Serrano no se había atrevido a decir en su discurso ante el Senado lo decían ellos ahora: las Cortes Constituyentes de 1837 eran incompetentes para arrebatarnos un derecho que, como hombres y como españoles, por la ley natural y la escrita en las constituciones anteriores les correspondía. Un derecho de Cuba que no había prescrito. Se han recordado páginas atrás sus palabras: « La sentencia que le condenó á ser colonia y no provincia, á no tomar parte en el Gobierno de la Nacion ni en la gestion de sus intereses locales; esa sentencia dictada á puertas cerradas, sin prévia audicion de partes, no consentida, protestada en debida forma, carece de toda fuerza y legalidad constitucional, y no puede invocarse en caso ni tiempo alguno contra el pueblo que ha sido objeto de ella, ni en favor de la continuacion de un sistema que perpetúa su injusta exclusion y el natural descontento que ha sido su consecuencia »⁽⁸⁶⁾. El vicio de origen había marcado también el retraso en la puesta en práctica de la decisión y explicaba que, al no reconocerse ninguna participación en el proceso a quienes mejor hubieran

⁽⁸⁵⁾ SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 267-272. El entrecomillado, en p. 268.

⁽⁸⁶⁾ *Ivi*, p. 270.

podido orientarlo, todo hubieran sido vacilaciones. Había llegado el momento de subsanar errores y, en aras de la unidad nacional (la cual, lejos de debilitarse, resultaría fortalecida en circunstancias de particular peligro como las que se estaban viviendo), establecer ya las leyes especiales con la presencia de nuevo de los diputados de esas provincias en el parlamento de la Nación. Con el agradecimiento y afecto por su actitud y el deseo de que en el seno de la gran Nación española pudieran todos ver crecer y perpetuarse los destinos de la gloriosa Antilla, concluía la carta, que signaban buena parte de los propietarios y gentes notables de Cuba, con el conde de Cañongo a su cabeza.

Serrano aprovechó su contestación, dos meses después, para recordar la línea asimilista que, con anterioridad al paréntesis, había caracterizado siempre la política de España en el gobierno de los territorios de más allá del océano, y para mostrar sus simpatías hacia la identidad de derechos y deberes de todos los españoles a que legítimamente aspiraban los cubanos. Encontraba que la carta contribuía a deshacer infundados recelos y allanaba obstáculos, por lo cual, solucionados los problemas que en su día habían impedido a la madre patria prestar a aquéllos la atención que se merecían, confiaba en que pronto no habría « diferencia alguna de derechos entre las provincias de aquende y allende los mares ». Se había tratado simplemente de una « interrupción de igualdad » que no tardaría en cesar ⁽⁸⁷⁾.

La réplica de los inmovilistas vino muy pronto, en forma de exposición a la Reina desde La Habana, el 28 de junio de 1865, en la que se presentaban como portavoces de la verdadera y gran mayoría del país ⁽⁸⁸⁾. Alertaban contra las erróneas opiniones que la imprenta había llegado a difundir en Cuba y en la península, y recordaban que no lejos de aquélla, en lo que habían sido virreinos de la corona de Castilla, se erigían repúblicas independientes cuyos habitantes se agitaban penosamente en la miseria y anarquía. Había que evitar a toda costa esa misma suerte para Cuba y Puerto Rico, cuya lealtad, decían, había sido recompensada con un creciente progreso, orgullo de propios y envidia de extraños, conseguido

⁽⁸⁷⁾ Ivi, pp. 272-273.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, pp. 273-277.

gracias al régimen político que en los últimos tiempos les había permitido también mantenerse alejadas de las discordias políticas y civiles que agitaban la metrópoli. Todo eso parecían ignorarlo los reformistas, a quienes tachaban asimismo de faltar a la verdad por ocultar que la trata africana había desaparecido tiempo atrás de las playas de Cuba. Por su parte, ellos consideraban que el régimen de gobierno de Cuba necesitaba mejoras, pero en la línea de las que se habían ido concediendo en los últimos años; veían en la extensión de los derechos políticos un peligro para la raza y la conservación de la isla, aunque confiaban en que algún día podría verse cumplido el gran propósito de la asimilación al que habían tendido siempre las leyes de Indias.

A la sazón, no obstante, la encontraban intempestiva y peligrosa, entre otras razones por la diversidad de razas que poblaban la isla (cuya equiparación en derechos pugnaría abiertamente contra las costumbres y cuya diferenciación obligaría a odiosas y vejatorias pesquisas) y por la esclavitud (« el patronato sobre el colono »), que de momento no podía suprimirse. La insuficiencia del censo, la falta de cultura política de los habitantes y la inexistencia de partidos políticos desaconsejaban la celebración de elecciones populares, que no harían más que provocar divisiones y parcialidades y facilitarían el triunfo de las minorías facciosas y turbulentas (« como se vió en los antiguos dominios del continente, cuya separación de la Madre Patria no tuvo otro origen y coincide con el establecimiento en ellos de la reforma política de la Península », y como se había empezado a ver en Cuba antes del 'feliz acuerdo' de 1837, con el lamentable resultado de romper el « españolismo cordial y unánime » que siempre había distinguido a sus habitantes) ⁽⁸⁹⁾. Peligrosa e inoportuna, pues, la reforma política.

En lo económico solicitaban la bajada de impuestos y un arreglo arancelario que permitiese declarar de cabotaje el comercio marítimo entre todas las provincias de la Monarquía y abrir nuevos mercados en el extranjero. De demandas como el restablecimiento del derecho de petición y veto que habían ejercido los Reales Acuerdos, la reforma de la legislación sobre responsabilidad de los funcionarios, la difusión de la instrucción pública, la mejora de la

⁽⁸⁹⁾ Ivi, p. 276.

justicia o la agilización de la administración, esperaban, por último, que se creasen hábitos e intereses que ligaran a las gentes con la madre patria y, llegado el caso, permitiesen aplicar sin inconvenientes en esas provincias instituciones políticas que, sin embargo, por el momento pugnaban con su constitución social, administrativa y económica. De inmediato lo conveniente a su juicio eran sólo las mejoras administrativas y económicas, aplazando para ocasión más favorable las políticas.

Desde su interés por la conservación y ventura de las provincias ultramarinas, y considerándose, si no representantes de la población cubana (algo que su organización política no permitía), sí intérpretes de una opinión mayoritaria, replicaron a su vez los reformistas con otra exposición a la Reina suscrita en La Habana justo un mes después, el 28 de julio de 1865 ⁽⁹⁰⁾. La medida de 1837, le decían, al despojar a las Antillas de los derechos políticos, acostumbradas como estaban a considerarse en todo como provincias integrantes de la Monarquía con los mismos derechos que las demás, las había hecho de condición inferior a sus hermanas peninsulares. Era cierto que eso no había supuesto la paralización del progreso económico iniciado con anterioridad, pero también lo era que desde entonces había empezado el malestar del país, la desconfianza en sus autoridades y las conspiraciones, mientras la mayoría de la población había sabido sobrellevar en silencio un sistema excepcional que estimaba transitorio. Pero, en el momento, felizmente las esperanzas de los reformistas resultaban incluso compartidas por muchos de sus hermanos peninsulares, acordes en la necesidad de salir ya de la situación anómala. De reformas en el régimen de las provincias ultramarinas había hablado hasta la Reina. En Cuba se anhelaban. Y, de todas ellas, se daba preferencia a las políticas, a la extensión de los derechos políticos como origen y garantía del resto de libertades. Lo esperaban todo de las leyes especiales ofrecidas por la Constitución, porque no podrían estar reñidas con el espíritu liberal del siglo, al que felizmente obedecía la Nación española.

Encontraban errónea la interpretación que los enemigos de las reformas hacían sobre la separación de los antiguos virreinos. Se había demostrado sobradamente que las conmociones de América

⁽⁹⁰⁾ Ivi, pp. 277-281.

habían comenzado mucho antes de promulgarse la Constitución de Cádiz. Si se hubieran escuchado las voces de quienes desde el siglo anterior habían propuesto los medios para evitarlas, decían, era probable que la bandera de Castilla ondease todavía gloriosa desde las Californias hasta el estrecho de Magallanes. Y, en cualquier caso, su argumento lo sería a favor de la devolución de los derechos políticos, pues, mientras se habían ejercitado, en ninguna de las Antillas se habían relajado los vínculos con la metrópoli. La previsiblemente próxima abolición de la esclavitud, que para los otros era también una de las razones que exigían aplazar las reformas, para ellos abundaba en su necesidad; llegado el caso, se precisaría de medios legales para exponer ideas, indicar peligros o sugerir correctivos para los inevitables problemas que se producirían.

El tiempo no pasaba en vano, y los veintiocho años transcurridos desde 1837 habían hecho que los habitantes de Cuba en esos momentos se contentasen con un régimen de leyes especiales formadas con la intervención de sus legítimos representantes. Así se podría llegar a la « asimilación en lo asimilable » sin desatender las circunstancias particulares, a la « unidad en la variedad » sin quiebra de la armonía en el « gran todo nacional ». Su deseo era « ser españoles en la plenitud del derecho » y no sólo en el nombre.

Fue Serrano el encargado de poner la exposición en manos de la Reina ⁽⁹¹⁾. Para entonces, Antonio Cánovas del Castillo, ministro de Ultramar en el gabinete de Unión Liberal de Leopoldo O'Donnell, había puesto ya en marcha una iniciativa en la que los reformistas depositaron grandes esperanzas: la convocatoria de la Junta de Información. Por fin algunas voces de ultramar iban a ser escuchadas oficialmente. De lo que fueran a decir dan buena prueba los testimonios que se acaban de describir, muestra del enfrentamiento que a la sazón mantenían los sectores más influyentes de la opinión pública cubana. Las discrepancias eran menores en Puerto Rico, donde a lo largo de estos primeros años de la década de los 60 poco a poco habían ido perfilándose dos claras tendencias políticas, representadas por asimilistas y autonomistas, que coincidían en un

⁽⁹¹⁾ Ivi, pp. 281-282, su carta a tres de los firmantes, conde de Cañongo, José Ricardo O'Farrill y el marqués de Montelo, Madrid, 13 de diciembre de 1865, informándoles de sus gestiones.

mismo objetivo final, pues ambas aspiraban a la definitiva autonomía colonial de la isla, para la cual los primeros consideraban la asimilación una mera etapa transitoria ⁽⁹²⁾.

2.4. *La especialidad a examen: la Junta de Información.*

Un real decreto de 25 de noviembre de 1865, firmado por el ministro Cánovas, autorizó la apertura de un proceso informativo para precisar las bases a las que deberían ajustarse en Cuba y Puerto Rico las leyes especiales que la Constitución preveía como régimen característico de las provincias ultramarinas ⁽⁹³⁾. Fue un proceso específico para las Antillas, que el propio decreto justificaba por el hecho de sus circunstancias particulares — los adelantos científicos y literarios que se daban en ellas, su riqueza y la importancia de su comercio exterior —, todas las cuales exigían en su caso un régimen distinto del que pudiera disponerse para Filipinas o Fernando Poo, y cuyo establecimiento urgía.

Cánovas aprovechó la *Exposición* que encabezaba el decreto para anunciar las líneas directrices de su política ultramarina (las mismas que habría de mantener en lo sucesivo), presentadas como continuación de la doble tendencia que para él había guiado siempre la política castellana en Indias: una sabia combinación de asimilación y especialidad en el seno de una sola nación que había sabido aceptar las peculiaridades requeridas por la distinta naturaleza de aquellas tierras. Manteniéndola como guía, no ocultaba que su objetivo era la mayor aproximación a la primera. Como paso previo, y precisamente para examinar el grado de una y otra que debía prevalecer en las necesarias reformas, constituía la Junta de Información. La concebía como un organismo de amplias miras, donde habrían de examinarse no sólo las cuestiones referidas al ámbito político y administrativo más directamente encaminadas a establecer las bases de las leyes especiales, sino también temas sociales — reglamentación del trabajo de la población de color y asiática y medios de facilitar la inmigración más conveniente — y económicos — tratados de navegación y comercio y reformas del sistema arance-

⁽⁹²⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 44.

⁽⁹³⁾ Publicado en la *Gaceta de Madrid* del 29 de noviembre. El texto de la parte dispositiva, también en SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 285-287.

lario y régimen de aduanas —. En torno a esos tres puntos Cánovas distribuía su cometido.

Propiamente era una junta de expertos en Administración, a los que se obligaba a escuchar (« verbalmente o por escrito ») la voz de quienes, por razón de sus cargos u oficios, se esperaba obtener un mejor conocimiento de las condiciones particulares de las Antillas, así como también la de sus propios habitantes a través de comisionados, la mitad de los cuales debían ser elegidos por los ayuntamientos insulares (dieciséis en Cuba y seis en Puerto Rico) y la otra nombrados por el ministro ⁽⁹⁴⁾. En su *Exposición* del decreto, Cánovas llamaba a eso « un pequeño Congreso ».

Las razones de la convocatoria las recordaba semanas después, en carta al capitán general de Cuba, Domingo Dulce, donde le explicaba cómo las opiniones de muchos de sus más importantes amigos de las Cortes y los deseos generales de ese país le habían convencido de que había llegado el momento de hacer « en el menos tiempo, lo más posible ». Consciente de que las medidas tomadas no podrían satisfacer a todos, se confesaba preparado incluso para el hecho de que en un primer momento no contentaran a nadie; cuando se buscaba el éxito como hacía él y no el aplauso pasajero, escribía, solía ocurrir eso. Era la primera oferta concreta de leyes especiales que se hacía desde 1837, nunca se había dicho, como se acababa de decir, « Comienzan los trabajos para las leyes especiales », y sabía que la palabra reforma pronunciada oficialmente había caído mal en la « gente estacionaria » (« que es mucha en nuestro país »). Pero creía que no había otra forma de empezar más que la emprendida. Haber admitido previamente diputados antillanos en

⁽⁹⁴⁾ Presidida por el ministro de Ultramar, la integraban los consejeros de la Sección de Ultramar del Consejo de Estado más otros cuatro consejeros de las otras secciones nombrados en Consejo de Ministros, además de un vocal ponente designado por el Ministerio entre los funcionarios con categoría de jefe superior de Administración que contaran en su haber al menos con dos años de servicios en las Antillas o en la Administración central de ultramar. Las personas que necesariamente debían ser oídas eran los gobernadores superiores civiles, los regentes e intendentes de Cuba y Puerto Rico y sus antecesores en los cargos, los senadores naturales de las islas o con cinco años de residencia en ellas, los veintidós comisionados elegidos por los ayuntamientos insulares y un número equivalente de individuos escogidos directamente por el ministro. ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 28 ss.

las Cortes y haber legislado ya con su participación, dado el necesariamente escaso número de los mismos en el parlamento nacional, habría privado al proceso del « carácter *local* » que pretendía darle con su Junta informativa previa. Su celebración en la península, por otra parte, le permitía una mayor libertad de opinión en asuntos, como la emancipación de los esclavos, que resultaría muy espinoso tratar *in situ* y cuya solución había que ir preparando, aunque sin prisas (« yo no sé hasta cuándo podremos ir entreteniéndolo la resolución final de esta cuestión: espero que haciendo algo podremos aun ganar muchos años, y que durante ellos podrán prepararse las resoluciones ménos inconvenientes; pero sería una locura que nos cogiesen de todo punto desprevenidos, sin tener estudiadas las cuestiones siquiera »). Respecto a la forma de recoger la información, le alertaba ante posibles maquinaciones que pudieran desvirtuarla y comprometer su éxito, con perjuicio más que nada de la propia Cuba (« y sobre todo de sus grandes capitalistas y propietarios, que son los que tienen que perder en que no se aseguren en ella el orden moral y político »). Por eso, para no dejar ningún interés excluido y compensar las inclinaciones de los comisionados que resultasen elegidos por los ayuntamientos, se había reservado el Gobierno el nombramiento de un número igual de miembros.

Para Cánovas no había dudas en esos momentos, y así se lo manifestaba al general Dulce, de la necesaria participación de las Cortes en el régimen de leyes especiales con el que concluiría el proceso. Tras la libre discusión de los temas por los comisionados en base a un interrogatorio previo y a las preguntas que quisieran dirigirles los miembros de la Junta (tomando de todo ello nota los taquígrafos para su publicación), de acuerdo con sus resultados el Gobierno haría luego los proyectos correspondientes para ser presentados a las Cortes, « únicas que pueden votar las reformas en leyes especiales »⁽⁹⁵⁾.

Los sucesos políticos posteriores le impidieron asistir como ministro de Ultramar a las actividades de la Junta. En julio de 1866 cayó el Gobierno de O'Donnell y Cánovas fue sustituido en el Ministerio por Alejandro Castro, quien en Puerto Rico, donde el proyecto se había recibido con alegría entre los sectores liberales y

(95) SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 265-267.

con hostilidad en los conservadores, escogió entre estos últimos a los comisionados nombrados por decreto ⁽⁹⁶⁾. El 10 de octubre de 1866 el nuevo ministro abrió la primera de las treinta y seis sesiones que llegó a celebrar la Junta en los seis meses y medio que duraron sus trabajos, concluidos el 28 de abril de 1867 ⁽⁹⁷⁾. En el propio discurso de apertura ya se hizo evidente el cambio de actitud del Gobierno. Si el inspirador de la Junta a la hora de ponerla en marcha no había tenido inconveniente en destacar el objetivo asimilista al que orientaba su política ultramarina, Castro rehusó pronunciarse en un sentido concreto y optó por una aparente neutralidad, advirtiendo que el Gobierno no tenía ninguna idea preconcebida al respecto, guiado sólo por el propósito de « establecer la felicidad de las Antillas, bajo las condiciones fundamentales de la unidad nacional, la unidad monárquica y la unidad religiosa », y que esperaba más de las propuestas de los comisionados y miembros de la Junta que de sus propias inspiraciones. A tal efecto, aseguraba a los comisionados la más amplia libertad de expresión (siempre, por supuesto, en el respeto a esas tres condiciones). Para dirigir los debates se nombró a Alejandro Oliván, garantía de imparcialidad y acierto, a juicio del ministro, dada su demostrada capacidad, rectitud y experiencia en la Administración pública ⁽⁹⁸⁾.

Desde una actitud de franco optimismo en los resultados (la península llegaría a codiciar las reformas que acabarían planteándose), y ante una Junta aún incompleta a la que sólo asistían once comisionados por Cuba y Puerto Rico y doce nombrados por el ministro, el presidente Oliván inició los trabajos ⁽⁹⁹⁾. En sesiones

⁽⁹⁶⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 42; DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., p. 273.

⁽⁹⁷⁾ *Conferencias de la Junta Informativa de Ultramar celebradas en esta capital en los años de 1866 y 1867*, Madrid, Imprenta Nacional, 1873, publicadas como apéndice en SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1878*, cit.

⁽⁹⁸⁾ *Conferencias*, cit., p. 2. Sobre las tendencias internas de la Junta y el desarrollo de sus trabajos, M^a D. DOMINGO ACEBRÓN, *La Junta de Información en Madrid para las reformas de las Antillas, 1866*, en « Hispania », LXII, 2002, 1, n. 210, pp. 141-166.

⁽⁹⁹⁾ Los comisionados presentes elegidos por los ayuntamientos de Cuba y Puerto Rico eran Miguel Angulo, Nicolás Azcárate, José Morales Lemus, Antonio Rodríguez Ojea, José Antonio Echeverría, Antonio X. de San Martín, conde de Pozos Dulces, Manuel de Armas, José Munné y Nugueredo, Manuel J. Zeno y Manuel Ortega, y los de

secretas sobre cuyos resultados el Gobierno se reservaba la decisión de darlos o no a la luz pública, de acuerdo con el plan de Cánovas las sesiones se desarrollaron en torno a unos interrogatorios preparados en el Ministerio y centrados en los tres asuntos anunciados en el decreto de constitución de la Junta, que se fueron entregando en distintos momentos ⁽¹⁰⁰⁾. El tema estrella fue la abolición de la esclavitud, a pesar de que como tal no se planteó expresamente en los interrogatorios. Pero los comisionados lo trataron al hilo del primero que se les presentó: « la manera de reglamentar el trabajo de la población de color y asiática y los medios de facilitar la inmigración que sea mas conveniente en las provincias de Cuba y Puerto Rico ».

Antes de abandonar sus islas para trasladarse a Madrid, los antillanos habían llegado a una serie de acuerdos ⁽¹⁰¹⁾. Uno de ellos era lograr una ley efectiva contra la trata que la equiparase a la piratería (como había hecho Brasil en 1850) y, con procesos sumarisimos y graves penas para negreros y compradores, permitiese acabar de una vez con un negocio en esos momentos ya sólo subsistente en Cuba ⁽¹⁰²⁾; otro era preparar la abolición de la

nombramiento gubernativo, Vicente Vázquez Queipo, Francisco González del Corral, Ignacio González Olivares, Ramón de Montalvo y Calvo, José Ignacio Echavarría, Isidro Díaz Argüelles, Joaquín González Estéfani, Joaquín María Ruiz, Ramón de La Sagra, Pedro Sotolongo, marqués de Manzaneda, Nicolás Martínez Valdivielso y José Suárez Argudin. Cuatro de los comisionados por la isla de Cuba, Saco, Terry, Fernández Bramosio y Bernal, excusaron su asistencia, y otros de Puerto Rico anunciaron por telegrama desde Londres su inmediata llegada a la península. Luego, en la segunda conferencia, el 6 de noviembre, tomaron asiento Agustín Camejo, elegido por Cuba, Segundo Ruiz Belvis, Francisco Mariano Quiñones y José Julián Acosta, elegidos por Puerto Rico, y José de la Cruz Castellanos, designado por el Gobierno (*Conferencias*, cit., pp. 1 ss. y 5).

⁽¹⁰⁰⁾ No se atendió en ese sentido la petición de los comisionados cubanos Morales Lemus y Azcárate, que en la sesión del 6 de noviembre (*Conferencias*, cit., p. 7) solicitaron disponer desde el principio de todo el bloque de preguntas, ya que las respuestas en muchos casos estarían interrelacionadas.

⁽¹⁰¹⁾ SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 287-288.

⁽¹⁰²⁾ Para la represión del tráfico negrero se había presentado un proyecto de ley el 19 de febrero de 1866 (impulsado por Cánovas) que, votado luego definitivamente en el Senado, por falta de diputados no se había podido votar en el Congreso, lo que había llevado al Gobierno a publicarlo por vía de decreto el 29 de septiembre de 1866 (*Gaceta de Madrid* del 1 de octubre), dada la urgencia por acabar con un comercio que se

esclavitud (eliminada en los Estados Unidos desde enero de 1863) ⁽¹⁰³⁾. El primero de ellos salió adelante, después de dedicarle varias sesiones. A favor de la medida un dictamen presentado por Angulo y Morales Lemus apeló, entre otras razones, a la experiencia de Brasil y Estados Unidos, donde se había demostrado su eficacia para combatir el tráfico negrero, mientras otros, como Olivares, se opusieron a ella alegando que eso la convertiría en un delito internacional y concedería a las demás naciones el derecho a juzgarlo, lo cual podría resultar contraproducente para los intereses de los españoles. Todos coincidieron, sin embargo, en la condena del tráfico. Puesto el tema a votación en la sesión del 25 de febrero, el dictamen logró diecisiete votos (entre ellos el del presidente, Alejandro Oliván), frente a diez contrarios ⁽¹⁰⁴⁾. Fue uno de los mayores éxitos.

En cuanto al otro de los acuerdos previos, a la hora de tratar el asunto, y aparte de los enfrentamientos entre esclavistas y antiesclavistas, se pusieron de manifiesto las diferencias de opinión que separaban en ese punto a los reformistas cubanos y puertorriqueños. Muy lejos del simple propósito preparatorio, los comisionados de Puerto Rico José Julián Acosta, Segundo Ruiz Belvis y Francisco Mariano Quiñones asumieron abiertamente en la Junta la iniciativa de la causa abolicionista. Y, de entrada, alegando que, a su juicio, había llegado ya el momento de abolir la esclavitud en Puerto Rico, se abstuvieron de contestar a la pregunta sobre la reglamentación del

calificaba de indigno y origen de corrupción y perversidad (C.L., T. XCVI, pp. 621 ss.). Luego, una ley de 17 de mayo de 1867 le dio fuerza legal (C.L., T. XCVII, p. 929, eximiendo de responsabilidad al Gobierno por todas las actuaciones en que se hubiese arrogado facultades propias del poder legislativo y mandando que se considerasen leyes todas las resoluciones gubernativas que con arreglo a la Constitución de la Monarquía hubieran debido someterse a la deliberación de las Cortes). Disponía penas muy duras (muerte y cadena perpetua) para autores y cómplices, y procedimientos expeditivos contra ellos, pero no esa declaración de piratería que solicitaban los reformistas, a pesar de lo cual resultó efectiva, y a raíz de ella se dio prácticamente por desaparecida la trata.

⁽¹⁰³⁾ SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 287-288.

⁽¹⁰⁴⁾ *Conferencias*, pp. 23 ss. (6 de diciembre), 80 ss. (14 de febrero), 106 ss. (22 de febrero) y 116 ss. (25 de febrero). A favor de la declaración de piratería se alinearon también con Angulo y Morales Lemus, entre otros, Azcárate, Pastor, Acosta, Ruiz Belvis y el conde de Pozos Dulces. Entre los opuestos, el conde de Vellellano y el marqués de Manzanedo.

trabajo de color, actitud que provocó la inmediata protesta de otro de los comisionados puertorriqueños, Manuel Jesús Zeno, mientras que parte de los cubanos (el conde de Pozos Dulces, Morales Lemus, Azcárate, Ojea, Ortega y Camejo) se adherieron a ella en cuanto a Puerto Rico, celebrando que sus particulares circunstancias permitieran declarar ya la emancipación, la cual para Cuba no consideraban, sin embargo, ni oportuna ni conveniente aún ⁽¹⁰⁵⁾.

La idea de Acosta, Ruiz Belvis y Quiñones (los tres, miembros de familias propietarias de esclavos) era la abolición inmediata, reglamentada o sin reglamentar, con o sin indemnización. En contra de ella se alinearon con Zeno en las sesiones siguientes la mayoría de los cubanos (que decían hablar en nombre de los intereses de la isla), al tiempo que se trataban cuestiones más de acuerdo con los términos en que estaba planteado el interrogatorio, tales como la conveniencia de hacer mejoras en el trabajo de los esclavos, ponerles párrocos o enviarles misioneros para atender al cumplimiento de sus deberes religiosos, o suprimir el castigo de azotes ⁽¹⁰⁶⁾. Acosta la defendió como aspiración legítima que muchos compartían ya en Puerto Rico (de hecho, recordó, allí los habían elegido a los tres sabiendo que eran antiesclavistas), donde a la sazón de los 41.000 esclavos existentes sólo 13.000 trabajaban en el campo, estando el resto destinado al servicio doméstico. A diferencia de Cuba, la producción de la Pequeña Antilla era en su mayor parte fruto del trabajo libre, que precisamente encontraba un estorbo a su pleno rendimiento en la coexistencia con la esclavitud, dada la repugnancia de los libres a trabajar mezclados con los esclavos. Para este puertorriqueño la abolición en su isla no tenía por qué provocar ningún temor en Cuba, dado que sus circunstancias eran diversas, y

⁽¹⁰⁵⁾ Se dio cuenta de todo ello en la sesión del 27 de noviembre de 1866 (*Conferencias*, pp. 9 ss.).

⁽¹⁰⁶⁾ Algunos (Armas, el general Echavarría, Joaquín M^a Ruiz, Ramón de La Sagra, Joaquín Estéfani y Vicente Vázquez Queipo) intentaron desautorizar a los tres puertorriqueños y a los cubanos que les habían secundado, alegando extralimitación del mandato para el que habían sido investidos y actuación contraria al deseo de sus comitentes (recordada su actitud por Azcárate el 18 de febrero de 1867, *Conferencias*, pp. 84-85). El presidente Oliván, sin embargo, pese a reconocer que el Gobierno no había querido incluir explícitamente en los interrogatorios el tema de la abolición, animaba a expresar opiniones (conferencia del 1 de marzo, *ivi*, p. 128).

además, amén de servir de ensayo para medidas futuras, estimaba que ese podría ser precisamente un ejemplo de la especialidad anunciada en 1837 ⁽¹⁰⁷⁾. Por el contrario, Zeno y los esclavistas cubanos que se identificaron con él presagiaban grandes dislocaciones económicas y sociales y una época de libertinaje similar a la vivida en Jamaica y Santo Domingo durante la abolición. Defendían una emancipación simultánea para Cuba y Puerto Rico y, en todo caso, gradual ⁽¹⁰⁸⁾.

Pese a la obligación de mantener el secreto de las deliberaciones, el asunto trascendió a la opinión pública ⁽¹⁰⁹⁾, y eso unido a la presión de los comisionados llevó a un giro en los trabajos de la Junta, que el 1 de marzo nombró una comisión para proponer los medios de llevar a cabo la extinción de la esclavitud « sin lastimar, ó lastimando lo ménos posible, los intereses existentes ». Semanas después, a punto de concluir los trabajos y cuando ya el cansancio y las prisas empezaban a mostrar sus efectos y algunos de sus miembros se habían marchado, el 10 de abril de 1867 Acosta, Ruiz Belvis y Quiñones presentaron un *Informe sobre la abolición inmediata de la esclavitud en Puerto Rico*, que Díaz Soler califica de « documento trascendental en la historia española-puertorriqueña ». Bajo el lema de « ni un día más de esclavitud », y opuestos tanto a la abolición gradual como a los estados intermedios entre esclavitud y libertad, el informe se inclinaba por la indemnización (sin la cual algunos amos se arruinarían por no poder pagar jornales a los negros liberados, con la consiguiente paralización de la economía y la condena de estos a morir de hambre por falta de trabajo), pero, de considerarse inviable, aceptaba que se prescindiese de ella con tal de solucionar

⁽¹⁰⁷⁾ Sesiones del 4 de diciembre y 25 de febrero (*Conferencias*, pp. 18 ss. y 116 ss.).

⁽¹⁰⁸⁾ C. NAVARRO AZCUE, *La abolición de la esclavitud negra en la legislación española, 1870-1886*, Madrid, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1987, p. 18

⁽¹⁰⁹⁾ Algunos de los dictámenes se reprodujeron en un folleto titulado *Consideraciones al Gobierno de S. M. sobre la esclavitud en las Antillas españolas*, impreso en la oficina tipográfica del periódico « La Reforma », del que el fiscal de imprenta informó al Ministerio de Ultramar después de prohibir su circulación. Se dio cuenta de ello en la sesión del 22 de diciembre (*Conferencias*, p. 47), al tiempo que se hacía un enérgico recordatorio por parte del ministro de la obligación de guardar secreto.

inmediatamente el mal mayor ⁽¹¹⁰⁾. Esa vez sus compañeros reformistas cubanos fueron menos receptivos y no suscribieron el informe. En su dictamen de contestación (encabezado con la firma de Azcárate y leído en las dos últimas sesiones de la Junta) propusieron una forma no tan inmediata de llevar a cabo la emancipación en Cuba durante un plazo de 7 años, si bien estimando factible e incluso conveniente para ella la abolición en la otra Antilla. El problema allí era mucho más complicado y no querían precipitarse, por lo que, de momento, se limitaron a apoyar las medidas que suavizaban las condiciones del trabajo esclavo (aunque se oponían a la supresión de los castigos corporales). Se situaron de ese modo en posturas más cercanas a las del Gobierno, cuyo carácter esclavista, por otra parte, hacía difíciles los propósitos de los puertorriqueños ⁽¹¹¹⁾.

Separaba también a los delegados reformistas cubanos y puertorriqueños un tema de prioridades, pues mientras para aquellos la cuestión social debía supeditarse a la reforma política, que calificaban de urgente interés para Cuba, para estos el primer paso hacia las reformas debía ser la resolución del problema social ⁽¹¹²⁾. En el orden político-administrativo, las aspiraciones de los comisionados antillanos iban en una línea abiertamente asimilista y se centraban en la equiparación de derechos y garantías constitucionales; el cese del estado excepcional y de las facultades discrecionales de los capitanes generales; la separación entre el gobierno político y civil (a cargo de un gobernador superior de nombramiento real como representante del poder ejecutivo) y el mando militar (distribuido entre el capitán general y el comandante general de la Marina, ambos de nombramiento real también); la creación de una Junta provincial y una Diputación insular en cada isla para sus negocios particulares; la representación en Cortes conforme con la ley electoral vigente en la península; la división territorial interna, con gobernadores, consejos y diputaciones provinciales como los peninsulares, y el estableci-

⁽¹¹⁰⁾ DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., p. 282 ss. Según sus cálculos, la indemnización ascendería a 11.993.800 pesos, para cuyo pago sugerían al Gobierno un empréstito en el extranjero de 12 millones de pesos, a pagar en 24 años.

⁽¹¹¹⁾ *Conferencias*, pp. 127-128 y 145 ss. DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., p. 279; NAVARRO AZCUE, *La abolición*, cit., p. 19.

⁽¹¹²⁾ DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., p. 280.

miento de municipios de elección popular ⁽¹¹³⁾. Las pusieron de manifiesto en sus contestaciones al interrogatorio político, donde se planteaban preguntas como la conveniencia de extender allí los derechos políticos, la creación de un Consejo consultivo o el goce de los derechos políticos que debiera darse a los individuos libres de la raza de color.

Sobre ese planteamiento, los comisionados reformistas puertorriqueños solicitaron el reconocimiento en la Pequeña Antilla de los derechos individuales que la Constitución concedía a los españoles y la plena igualdad en el desempeño de cargos y empleos públicos ⁽¹¹⁴⁾. Como circunstancias especiales de la isla, señalaron la distancia de la metrópoli, la situación geográfica, las naciones y colonias que la rodeaban, las relaciones mercantiles, la diversidad de razas y la esclavitud. En función de ellas, su proyecto planteaba una planta institucional para Puerto Rico integrada por un gobernador superior (representante del Gobierno central y sin mando directo en el Ejército), una Diputación insular y un Consejo insular, además de tres gobernadores, diputaciones y consejos de distrito (San Juan, Mayagüez y Ponce), junto con ayuntamientos de elección popular directa, que para ellos consistían la base primaria del régimen y gobierno de los pueblos. Estimaban conveniente que tanto para Cuba como para Puerto Rico se conservara la denominación de provincia. Y reivindicaban la representación en Cortes de la isla, a razón de un diputado por cada 45.000 habitantes. Frente a estas propuestas, los conservadores defendían el mantenimiento de la situación ⁽¹¹⁵⁾.

Por parte de los reformistas cubanos hubo también llamadas a la igualdad de condición de todos los españoles, manifestaciones de esperanza en que la Junta permitiera poner fin al sistema colonial y hacer de las provincias ultramarinas no sólo en el nombre sino *de facto* verdaderas provincias españolas, y expresiones de resentimiento por los largos años transcurridos desde el « despojo » de

⁽¹¹³⁾ SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., p. 287.

⁽¹¹⁴⁾ Con una salvedad en el caso del derecho a voto de los negros, que pasaba por la demostración de su capacidad para hacer uso de él, exigiéndoles además la posesión de alguna propiedad y la prueba de gozar de todos los derechos civiles: DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., p. 285.

⁽¹¹⁵⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 142.

1837 sin que en el Congreso hubiera resonado su nombre más que cuando se preguntaba al ministro de Hacienda por los sobrantes de ultramar ⁽¹¹⁶⁾. Próximo el cierre de los trabajos, uno de ellos, Angulo, defendió genéricamente un principio descentralizador, al poner de manifiesto que el tenor del interrogatorio en esa parte transparentaba claramente el propósito del Gobierno de seguir gobernando aquellas provincias desde la Corte, y denunciar lo inadecuado de un sistema tan contrario a sus necesidades y forzosamente inoperante dada la distancia material y moral que las separaba del centro ⁽¹¹⁷⁾. Otros, como Vázquez Queipo, hablaron de un Consejo de Ultramar. Mas, en general, fue muy poco el tiempo que se dedicó a estos temas y no se llegó a ningún acuerdo al respecto.

La Junta dio también ocasión a que personajes peninsulares destacados por sus implicaciones ultramarinas se pronunciasen al hilo de las preguntas planteadas en sus interrogatorios. En diciembre de 1866 el ministro de Ultramar se los envió al general Domingo Dulce, a la sazón capitán general de Cuba, quien al mes siguiente le remitió sus respuestas por escrito. Destacaba de entrada las diferencias entre Cuba y Puerto Rico, que hacían más compleja la reorganización de la primera, y se mostraba partidario de la adopción de medidas que condujeran progresivamente a la extinción de la esclavitud, empezando por la represión eficaz de la trata africana (si bien desaconsejaba por el momento la declaración de piratería para no someter a ciudadanos españoles a los errores del fanatismo o la arbitrariedad de autoridades extranjeras), y continuando con medidas tales como la libertad de vientre. Animaba también a promover la inmigración blanca. En tema tributario, se remitía a sus diferentes informes donde recomendaba la supresión de las aduanas y su

⁽¹¹⁶⁾ En la encendida intervención de Azcárate el 18 de febrero de 1867 (*Conferencias*, pp. 86 ss.).

⁽¹¹⁷⁾ Conferencia n. 32, 10 de abril de 1867 (en la que se leyó una real orden dirigida al presidente para que agilizará los trabajos a fin de acabar cuanto antes el interrogatorio), pp. 141 ss., tras la lectura de varios dictámenes, entre ellos uno de Morales Lemus, Azcárate y otros sobre participación de los individuos libres de la raza de color en el goce de los derechos políticos y otro de Vázquez Queipo en contra de la separación de los mandos militar y civil que alguno había propuesto.

sustitución por un impuesto directo, y sobre organización administrativa y gubernativa se reafirmaba en su línea asimilista ⁽¹¹⁸⁾.

Mayor interés revisten las respuestas del general Serrano, presentadas el 10 de mayo de 1867 (cuando ya la Junta había finalizado sus conferencias), no sólo por el hecho de su mayor concreción sino por cuanto aparecían apuntadas ya en ellas muchas de las medidas que acabarían tomándose después de la Guerra de los Diez Años. Lo mismo que Dulce, Serrano dirigió preferentemente sus reflexiones a la isla de Cuba, si bien, a diferencia de él, consideraba que podrían hacerse extensivas a Puerto Rico, « por ser las mismas, con rarísima excepción, las condiciones de las dos Antillas » ⁽¹¹⁹⁾. Partía en ellas del viejo precepto asimilador presente en las Leyes de Indias y mantenido durante el absolutismo y en las Cortes de Cádiz, y recordaba que el despojo de 1837 lo habían justificado ya entonces algunos por la distancia a que se hallaban ambas islas y la conveniencia de ejercer allí los derechos políticos en una forma autonómica, sin vínculos de representación con la metrópoli, a semejanza de lo que practicaba Inglaterra con sus colonias de América y Australia. En el día ya nadie dudaba que la independencia del continente americano había tomado impulso mucho antes de que se enviaran diputados a las Cortes de Cádiz y, en cualquier caso, las corrientes que habían conducido a ella nunca habían pasado por Cuba y Puerto Rico. Por eso, porque más había que temer las reacciones a la humillación y también porque los adelantos en las comunicaciones habían reducido distancias, creía firmemente que en el momento la representación en Cortes no ofrecía el menor inconveniente y que el Consejo consultivo que planteaba el Gobierno no podía satisfacer las expectativas de cubanos y puertorriqueños, que no se conformaban con ser menos que los otros españoles. No consideraba de ningún modo aplicable a nuestras provincias de América el sistema de las colonias inglesas. Y declaraba abiertamente sus simpatías hacia los reformistas, el « gran partido sinceramente nacional » que él y otros muchos buenos españoles habían creído que debían alentar. Las Antillas no querían ser independientes, añadía, ni tampoco aceptarían sin un doloroso sacrificio la

⁽¹¹⁸⁾ SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., pp. 289-297.

⁽¹¹⁹⁾ *Ivi*, pp. 252-265. Los entrecorridos, en pp. 253, 255, 256, 258, 260.

anexión a los Estados Unidos, pero reclamaban un gobierno representativo y liberal y no se resignaban a verse desheredadas de la representación. Él, que había podido conocer bien a los cubanos, estimaba que sus quejas eran justas y sus aspiraciones legítimas, y que no había razón para que continuaran privados de la libertad de imprenta, de representación en su gobierno y de las garantías constitucionales de los peninsulares; que no la había tampoco « para que un Gobierno militar y absoluto desde los más altos hasta los más bajos grados de la escala, sea el único régimen de las Antillas », y que había llegado ya el momento de abordar la reforma política.

Como bases sobre las que se podría organizar políticamente el gobierno de Cuba y Puerto Rico en atención a la especialidad dispuesta en el artículo 80 de la Constitución, proponía, entre otras, las siguientes: representación en Cortes en la misma proporción de habitantes libres vigente en la península; división de Cuba en seis provincias con un gobernador civil al frente de cada una y sus respectivas diputaciones y consejos provinciales igual que en la península, extensión de la Ley de Ayuntamientos peninsular y creación de organismos con autoridad sobre toda la isla e iniciativa en las cuestiones de interés general (Diputación insular encargada de la aprobación de un presupuesto peculiar y exclusivo de la isla, y Consejo insular). Al frente de todo, un gobernador superior, representante del poder ejecutivo, para el que solicitaba la mayor amplitud de autoridad y facultades, en línea con las ejercidas por virreyes y capitanes generales, si bien moderadas por la Diputación y el Consejo insulares de modo que fuese necesaria la aprobación de los tres para la ejecución de acuerdos (siempre con carácter interino, sin perjuicio de la decisión final del « Gobierno Supremo »). No veía motivos para no extender la Ley de Imprenta, aunque con la particularidad de añadir a las limitaciones de respeto al rey y a la religión católica la cuestión de la esclavitud mientras ésta se mantuviera.

Sobre el goce de derechos políticos por los negros libres, aconsejaba poner la decisión en manos de las propias instituciones insulares. Muy escuetas sus reflexiones económicas, abordaba en último lugar el tema de la esclavitud. Estimaba cuestión de honor de la Nación española acabar de una vez con la trata, y al respecto, y de acuerdo con lo manifestado en anteriores ocasiones, se reafirmaba

en la necesidad de declarar caso de piratería el comercio de esclavos africanos, no tanto por su eficacia represiva cuanto « para dar al mundo una prueba de que nos asociamos de buen grado y sinceramente á las naciones cultas que han anatematizado ese comercio infame con idéntica declaratoria ». Pero tenía muy claro que ahí la única garantía de éxito era la definitiva abolición de la esclavitud. Razones de todo tipo, además de esa, la aconsejaban: morales, religiosas, humanitarias y también económicas (más de una vez se había hablado en el Congreso de los Estados Unidos, después de declarada allí la abolición, de prohibir la introducción en el país de frutos producidos por brazos esclavos, lo que sería la ruina para Cuba, que les vendía más de la mitad de sus productos) y políticas (la constante amenaza de una intervención extranjera y el avance de la opinión abolicionista también en España y en buena parte de los mismos propietarios antillanos), que hacían del momento el más oportuno para la adopción de la medida. No bruscamente, sino de forma gradual. De entrada, aconsejaba al Gobierno cegar de inmediato las dos fuentes de esclavos, el comercio y el nacimiento, declarando la libertad del vientre pero con atribución a los dueños de las madres de un derecho de patronato sobre los hijos hasta los 21 años. Y, por prudencia, antes de tomar una decisión definitiva, recomendaba escuchar a los propietarios.

El tono general de las propuestas de Serrano estaba, como se ve, en línea con los planteamientos de los reformistas cubanos, por lo que se comprenden bien las simpatías de estos hacia su persona y su intento de erigirlo en una especie de valedor de sus intereses en Madrid. Coincidió también con ellos en que no cabían ya más aplazamientos y que había llegado el momento de abordar los cambios. Para él, además, los reclamaba una razón de interés nacional. Confiaba en que la reforma de las Antillas, la hiciese el partido que la hiciese (en esos momentos él estaba en la oposición), permitiría conservar perpetuamente a España sus ricas y florecientes provincias ultramarinas.

El 28 de abril de 1867 el ministro de Ultramar declaró finalizadas las sesiones de la Junta. De acuerdo con el balance hecho por Oliván en su discurso de cierre, la abolición de la esclavitud, aun con discordancias en tiempo y forma, fue el tema donde se logró un mayor acercamiento de posturas, mientras que en lo relativo al

« estado político » los comisionados se dividieron entre los que abogaban por la creación de un Consejo de Ultramar erigido en centro de ilustración para auxiliar con sus conocimientos prácticos al Gobierno (de acuerdo con la idea del ministro), y los que estaban por la representación de las provincias mediante diputados en Cortes. Pero, como se ha dicho, los trabajos no llevaron a formular una alternativa concreta en lo político, ni tampoco en la cuestión social sirvieron para forzar una decisión inmediata. Como respuesta gubernativa, al cierre de las sesiones los comisionados tan sólo oyeron de boca del ministro una vaga promesa de que acabaría por dárseles algún tipo de representación y un ruego para que, al volver a las islas, informaran allí de la especial preocupación del Gobierno respecto al tema de la esclavitud (no sólo por razones humanitarias y económicas o por el interés del Estado, sino por « la necesidad de evitar complicaciones exteriores ») ⁽¹²⁰⁾.

De acuerdo con el propósito que estaba en su origen, la Junta de Información sirvió efectivamente de foro de debate y permitió al Gobierno conocer la opinión de sectores representativos de la sociedad antillana que clamaban por cambios en las líneas indicadas. Frente a ellos, no eran pocos los inmovilistas partidarios del *statu quo* que actuaban como freno, y tampoco el talante del Gobierno en el que se sentaba Alejandro Castro era el mismo que había dado la cartera de Ultramar a un joven Cánovas entusiasta impulsor de este organismo, animado por Serrano y los reformistas cubanos. Todo ello condujo a unos frutos decepcionantes. Los resultados de la Junta defraudaron las expectativas de quienes habían puesto en ella la esperanza en un inmediato porvenir de reformas. Muchos reformistas los interpretaron como signo de que nada cabía esperar de los gobiernos peninsulares, y alguno incluso llegó a tachar el episodio de « burla sangrienta » ⁽¹²¹⁾.

Contribuyó no poco a abonar esa impresión una de las escasas medidas efectivas que se tomaron mientras se estaban desarrollando las sesiones. De acuerdo con un viejo proyecto al que ya en su etapa

⁽¹²⁰⁾ Conferencias, pp. 148-150.

⁽¹²¹⁾ A. ELORZA y E. HERNÁNDEZ SANDOICA, E., *La Guerra de Cuba (1895-1898): historia política de una derrota colonial*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 72-73; BIZCARRONDO y ELORZA, *Cuba/España*, cit., p. 52.

de capitán general de Cuba se había opuesto el general Serrano, por decreto de 12 de febrero de 1866 se dispuso el establecimiento de un impuesto directo del 10% sobre todas las rentas, decisión que fue recibida con descontento y alarma por parte de los comisionados de ambas Antillas, temerosos de las reacciones que podría provocar si no iba acompañada de otras medidas que la hicieran menos gravosa, y recelosos ante el hecho de que les pudieran hacer responsables de ella. Un nuevo impuesto directo a añadir a los anteriores era algo muy distinto a lo que se planteaba en las respuestas de la Junta al interrogatorio económico. Como recordó Morales Lemus en la sesión del 18 de febrero, todos estaban de acuerdo en la necesidad de arreglar el defectuoso sistema tributario de Cuba y en articular conforme a otros principios económicos los impuestos y las relaciones comerciales (entre otras cosas, declarándose de cabotaje el comercio de las Antillas entre sí y con la península). En tema de impuestos la Junta se inclinaba por la supresión de la contribución indirecta de aduanas, opinando que bastaría algo más de un 5% sobre la renta o producto líquido para levantar las cargas de la isla, y que con un 6% habría incluso un sobrante de cerca de 2 millones de pesos; caso de mantenerse el impuesto de aduanas, estaba por la disminución de derechos y la simplificación de aranceles, lo que debía aumentar el consumo y el movimiento comercial, compensando así la rebaja. Pero nunca había planteado, insistía Morales Lemus en su moción, el mantenimiento de las aduanas y el establecimiento a la vez de la imposición directa, y mucho menos fijada esta en un 10%, cuota que abrumaría a la pequeña agricultura. El temor compartido por los comisionados cubanos y puertorriqueños era que, sin estar enterados allí de que se planteaba un cambio más ambicioso (por el obligado secreto de las conferencias), sólo se apreciara la novedad de un nuevo y gravoso impuesto, cuando todos esperaban un alivio de las cargas como consecuencia de la información. Pensaban, además, que muchos interpretarían el hecho como una violación del acuerdo tácito según el cual se había entendido que se concluiría con el trámite del proceso informativo antes de adoptar ninguna medida. Y opinaban, por otra parte, que mientras no se arreglase la Administración, no hubiese provincias y diputaciones provinciales y no se robusteciera la acción municipal y se redujera la excesiva centralización, no sería posible ningún sistema

de contribución directa. Por todo eso la moción instaba a la Junta a solicitar del ministro la suspensión de la publicación del decreto en las islas y la difusión de las contestaciones al interrogatorio económico para que quedara a todos bien patente cuál había sido la actitud de los comisionados ⁽¹²²⁾. Pero finalmente el Gobierno optó por implantar el nuevo impuesto directo sin medidas adicionales compensatorias, y fue esa decisión la que quedó como el signo más visible de los cambios anunciados en el esperanzador proceso.

Así, como consecuencias inmediatas de la Junta apenas pudo percibirse el freno efectivo a la trata (prácticamente erradicada en 1867) y el nuevo impuesto directo del 10%. Tal y como habían temido los comisionados, el nuevo tributo (que se mostró altamente perjudicial en algunas zonas de Cuba, como Oriente y Camagüey, aunque no afectó al gran capital azucarero del centro y occidente) fue visto como un resultado de ella y añadió la sensación de engaño a un balance final de fracaso y decepción. De ahí que tal colofón fuese presentado por la historiografía tradicional como causa fundamental de la Guerra de los Diez Años ⁽¹²³⁾. Ese fue también el análisis que se hizo entonces ⁽¹²⁴⁾. Ante tal panorama, no extraña que muchos reformistas, sintiéndose engañados, decidieran dar otro rumbo estratégico a sus demandas.

Cánovas tardó tiempo en hacer pública su particular visión del asunto. Lo hizo en sede parlamentaria el 1 de abril de 1870, después de que en la península hubieran tenido lugar cambios trascendentales, en el momento en que el Congreso discutía las condiciones bajo las que se quería llevar a Puerto Rico la Constitución de

⁽¹²²⁾ *Conferencias*, pp. 89, 92 ss. y 102 ss.

⁽¹²³⁾ MORENO FRAGINALS, *Cuba/España*, cit., p. 230.

⁽¹²⁴⁾ Cf. la intervención del diputado Fernández Vallín en el Congreso el 25 de mayo de 1869, (recordando a la cámara « que antes de la revolución de la Península se inició una revolución en Cuba; que el pretexto de esta revolución fué el impuesto directo nuevamente allí decretado »), la contestación del ministro interino de Ultramar, Topete, (reconociendo que « la causa principal » de la revolución cubana había sido « la cuestión de las contribuciones, puesto que se establecieron las contribuciones directas muy prematuramente y de un modo represivo, sin transición »), y la intervención del propio presidente del ejecutivo, general Serrano, achacando igualmente la insurrección a la imprudente imposición inesperada de la contribución directa (D.S. 25-5-1869, pp. 2331-2332 y 2337).

1869 ⁽¹²⁵⁾. En ese foro recordó a todo el que quiso escucharle cómo y con qué objetivos había puesto en marcha la Junta y hacia qué derroteros había derivado luego esta, con parte de sus componentes, según él, empeñados en « arrancar á las Antillas á la Corona de España ». Le parecía poco serio y leal, en un marco constitucional como el de la Constitución moderada de 1845 entonces vigente, solicitar, como se había hecho, el reconocimiento de los derechos inherentes a la personalidad humana para los habitantes de aquellas islas, y pretender crear en cada una de ellas dos cámaras que, sin ningún veto, ejercerían el derecho de conceder o negar los presupuestos de las Antillas. Encontraba que eso era pedir ni más ni menos que « el derecho á la independencia », y que las conferencias habían derivado hacia un rumbo muy peligroso para el mantenimiento de la integridad de la patria. Pese a todo, no se arrepentía de haber promovido el proceso.

3. *El Sexenio democrático: 1868-1874.*

El Sexenio significó en la política de las Antillas una vuelta a Cádiz. Los aires de la Revolución de Septiembre hicieron llegar de nuevo su espíritu fraternal a los políticos del período y llevaron a la supresión del anuncio de leyes especiales en el texto de la Constitución. Hasta el momento no había sido más que « una eterna esperanza y una grande decepción para las provincias de Ultramar », como lo calificó uno de los redactores de la ley fundamental del Sexenio, Segismundo Moret y Prendergast, al defender el cambio de las previsiones constitucionales respecto a las Antillas; en política, como también dijo, tenían un valor las palabras y las formas, y la expresión *leyes especiales*, por la historia que la había acompañado, en el día gozaba de poca fortuna ⁽¹²⁶⁾. Había, no obstante, mucho más que un cambio de palabras en lo que sobre Cuba y Puerto Rico acabó expresándose en la Constitución de 1869: « Las Cortes Constituyentes reformarán el sistema actual de gobierno de las provincias de Ultramar, cuando hayan tomado asiento los Diputados de Cuba

⁽¹²⁵⁾ D.S. 1-4-1870, pp. 7023 ss.

⁽¹²⁶⁾ En la sesión de las Cortes Constituyentes del 25 de mayo de 1869, cuando se discutió el art. 107 del proyecto (D.S. 25-5-1869, p. 2334).

o Puerto Rico, para hacer extensivos a las mismas, con las modificaciones que se creyeren necesarias, los derechos consignados en la Constitución » (127).

A la sazón, sin embargo, esas dos palabras no resultaban tan rechazables para quienes las interpretaban ya claramente en términos de autonomía, como era el caso del diputado Fernández Vallín, dueño de haciendas en Cuba, quien en esa misma sesión de las Cortes Constituyentes, el 25 de mayo de 1869, declaró que las Antillas aspiraban en el momento a una descentralización completa, a « una autonomía, un sistema parecido al de Canadá », y que no había partidarios de la asimilación y sí « una necesidad grande de las leyes especiales que fueron ofrecidas desde 1837 ». De igual modo, el republicano Emilio Castelar pidió ese día una palabra de esperanza para Cuba y Puerto Rico después de tantas injusticias como el régimen constitucional de Isabel II había cometido con ellos y después de haberse visto defraudadas las promesas de reforma de la Unión Liberal y las expectativas creadas por la Junta de Información, mostrándose partidario para su gobierno del « sistema racional » que ellos siempre habían defendido — « dar á las colonias una Constitución particular, una autonomía propia, para que se gobiernen por sí mismas, y no tengan con el resto del país más lazo que el lazo nacional » —, tras rechazar el « sistema antiguo » — « que consistía en aislar la colonia para sacar de ella todo género de productos posibles » — y el « sistema medio », « asimilar é identificar la colonia á la metrópoli » (128). Y tampoco parecía ya tan deseable la igualdad de Cádiz para quienes habían expresado con la insurrección armada sus deseos de independencia. La palabra libertad tenía para ellos otro significado, al leerla no como individuos sino como miembros de una nación cubana que luchaba por conseguir una vida propia.

(127) Art. 108 (107 en el proyecto de la comisión), primero de los dos que integraban el Título X, “De las provincias de Ultramar”, con una prescripción diferente para Filipinas en el siguiente: « El régimen por que se gobiernan las provincias españolas situadas en el archipiélago filipino será reformado por una ley ».

(128) D.S. 25-5-1869, pp. 2332 y 2335-2336. También Ruiz Gómez se declaró partidario de unas leyes especiales a semejanza de las que gobernaban a las antiguas colonias inglesas como Canadá, que gracias a ellas conservaban muy estrechos lazos con la madre patria.

Fueron muchos los que se apuntaron a esta opción en Cuba (sólo un puñado en Puerto Rico), y eso condicionó decisivamente la obra de los políticos del Sexenio. La Guerra independentista de los Diez Años, iniciada con el 'Grito de Yara' en La Demajagua el 10 de octubre de 1868, mantuvo a la Gran Antilla en una situación bélica durante todo el período, lo que impidió reintegrar a la isla en la representación nacional y hacer efectiva allí la política de derechos, conforme al programa que desde un primer momento anunciaron los revolucionarios españoles, al verse supeditado todo ello al triunfo sobre la sublevación exigido por la prioritaria defensa de la integridad nacional. No dejaría de lamentarse la desgraciada coincidencia. Algunos pensaron que, de haberse sabido en Cuba que el iniciador del levantamiento en la península era el general Serrano, la sublevación se habría abortado ⁽¹²⁹⁾.

La Junta Revolucionaria de Madrid acordó muy pronto (el 15 de septiembre de 1868) que las provincias ultramarinas deberían estar presentes en las Cortes Constituyentes donde se elaborase la ley fundamental que habría de resultar de la revolución ⁽¹³⁰⁾. La necesaria participación de las mismas en todas las decisiones que les afectasen fue también compromiso claramente expresado en el Manifiesto del Gobierno provisional de 25 de octubre, partiendo de una premisa igualitaria: « De las ventajas y beneficios de la revolución gozarán también nuestras queridas provincias de Ultramar, que forman parte de la gran familia española, y que tienen derecho á intervenir con su inteligencia y su voto en las árdidas cuestiones políticas, administrativas y sociales, planteadas en su seno » ⁽¹³¹⁾. Para las Antillas, esa fue la actitud de los gobernantes del período, quienes, sin embargo, pese al tono genérico de esas proclamas iniciales, enseguida establecieron una diferencia de trato entre los territorios ultramarinos, comenzando por excluir a las Filipinas de la participación en las Cortes Constituyentes.

Como comunicaba dos días después a los gobernadores de Cuba y Puerto Rico el ministro de Ultramar Adelardo López de

⁽¹²⁹⁾ El diputado Fernández Vallín, en su discurso mencionado (D.S. 25-5-1869, p. 2332).

⁽¹³⁰⁾ ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación*, cit., p. 57.

⁽¹³¹⁾ CL, T. C, p. 448.

Ayala, el Gobierno provisional consideró que sería extralimitar los poderes recibidos de la Nación el tomar por sí solo cualquier providencia relativa a la organización política, la condición de la población de color y asiática o cualquiera de los otros arduos problemas que afectaban a las Antillas españolas, todos los cuales entendía que estaba llamada a resolver la representación del país con el concurso de los diputados de ultramar. Advertía también expresamente el ministro que en esa toma de postura se había tenido muy en cuenta el ejemplo de la revolución de 1808, cuando se había seguido el mismo principio, consignado luego en el «generoso Código» de Cádiz, hasta el punto de que en el sentir de los nuevos gobernantes el alzamiento de septiembre iba a permitir que se coronase en 1868 con la experiencia, la ilustración y el progreso el edificio cuyos cimientos había labrado en 1808 el entusiasmo ⁽¹³²⁾.

Un decreto de 14 de diciembre de ese año abrió el proceso para la elección de diputados a las Cortes Constituyentes por Cuba y Puerto Rico, dejando en suspenso durante el período electoral las facultades extraordinarias que la real orden de 28 de mayo de 1825 concedía a los capitanes generales. Las elecciones no se realizarían, sin embargo, conforme al sufragio universal masculino que a la sazón disfrutaban los peninsulares; tanto el decreto que el 9 de noviembre lo estableció para ellos como el que el 6 de diciembre convocó elecciones a Cortes en la península hicieron excepción expresa de estas provincias, remitiéndose a lo que a efectos de sufragio y procedimiento electoral dispusiese el ministro de Ultramar. Con esa autorización, en el decreto del 14 de diciembre el ministro López de Ayala reguló para las Antillas un sufragio censitario en virtud del cual a la condición de varón mayor de 25 años se añadió la exigencia de pagar al menos 50 escudos en concepto de contribución territorial o subsidio industrial o de comercio para participar en la elección de los 29 diputados que se atribuyeron a las islas (1 por cada 54.000 almas: 18 a Cuba y 11 a Puerto Rico). Se juzgó demasiado brusca y arriesgada la extensión allí del sufragio universal masculino, a pesar de la evidente contradicción que eso suponía con la línea del Gobierno. «No se pasa repentinamente, sin hondas perturbaciones en el orden político, desde un estado de

⁽¹³²⁾ En circular de fecha 27 de octubre de 1868 (CL, T. C., pp. 496-499).

tutela completa y absoluta al más amplio ejercicio de los derechos del ciudadano », explicaba el ministro en la presentación del decreto, donde tampoco faltaban alusiones a otro de los grandes problemas: « La esclavitud crea costumbres y prácticas que dificultan el ejercicio absoluto de las libertades públicas y de los derechos políticos en todas sus manifestaciones » (133). De manera que en ese punto empezaron a marcarse también las diferencias para el caso de las Antillas, por incompatibles que pudiesen parecer con la concepción de los derechos (inherentes a la condición humana, anteriores al Estado y, por tanto, ilegislables) a la que decían responder los hombres del 68 (134). La propia Constitución acabaría aceptando, como se ha visto, « las modificaciones que se creyeren necesarias » en el momento de hacer extensivos a Cuba y Puerto Rico los derechos consignados en ella. Una contradicción que marcó toda la política colonial del período, con la notable excepción de la etapa republicana.

En Cuba las elecciones fueron paralizadas por orden del gobernador capitán general Domingo Dulce, a quien el Gobierno provisional envió de nuevo allí en enero de 1869 para sustituir a Lersundi, tras hacerse evidente, por un lado, la escasa sintonía de éste con la Gloriosa y, por otro, a raíz de la pérdida de Bayamo, la envergadura de un movimiento que él en sus inicios había desdeñado. Se confiaba en el buen recuerdo dejado por Dulce entre los sectores reformistas

(133) ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación*, cit., pp. 61-62, e I. ROLDÁN DE MONTAUD, *El fracaso de las reformas en Cuba. La cuestión electoral (1869-1972)*, en *Cuba, la perla de las Antillas. Actas de las I Jornadas sobre "Cuba y su historia"*, Madrid, C.S.I.C., 1994, pp. 223-237. Ya en la circular de 27 de octubre mencionada más arriba se advertía de que el Gobierno estaba estudiando « la forma electoral mas adecuada » a la diversidad de su estado social y a las naturales diferencias y condiciones de los antillanos, si bien procurando « un sistema de eleccion tan ámplio como sea posible ». Más adelante, la reforma electoral de 1871 reconoció el derecho a voto a todos los hombres libres mayores de 25 años que supiesen leer y escribir o pagasen 40 pesetas de contribución directa (F. LAGUNA OCHOA, *Las ideas hispanoamericanistas de Rafael María de Labra (Ultramar y sus problemas durante el siglo XIX)*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1991, p. 181).

(134) Cf. SERVÁN REYES, *Laboratorio constitucional*, cit., Cap. XIII, "Los derechos en ultramar. Aditamento constitucional". También, de la misma autora, *Transposición constitucional en Ultramar o el proyecto de Constitución de 1870 para Puerto Rico*, en « Historia, Instituciones, Documentos », 25, 1998, pp. 639-652.

de la isla, resentidos por el fracaso de la Junta y enfrentados a un gobernador, como Lersundi, abierto partidario del *statu quo* y cuya gestión no había servido más que para exacerbar los ánimos de los separatistas y aumentar el número de sus seguidores ⁽¹³⁵⁾. La personalidad de los máximos dirigentes, no se olvide, era factor decisivo allí. Con talante liberal y conciliador, Dulce llegó a La Habana deseoso de hacer sentir en la isla el impacto de la revolución española y sofocar la insurrección, y comenzó por decretar las libertades de imprenta, reunión y asociación, lo que propició la proliferación de asociaciones, periódicos y publicaciones políticas. Mal acogidas, como toda su gestión y su propia persona, por el grupo peninsular, las presiones de los sectores más intransigentes le obligaron a dejarlas en suspenso, y otro tanto tuvo que hacer con las elecciones ⁽¹³⁶⁾. La decisión, sin embargo, no sirvió para aplacar los ánimos de los reaccionarios, y al cabo los mismos grupos forzaron su renuncia, siendo sustituido por Caballero de Rodas. La debilidad de un general ya muy enfermo y los titubeos entre el ejercicio de la autoridad y sus ideas liberales progresistas fueron los rasgos que luego se destacaron de la gestión de Dulce ⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³⁵⁾ Tras el triunfo de la Revolución Septembrina, Lersundi (capitán general de Cuba desde el 31 de diciembre de 1867 después de otro breve mandato entre abril y septiembre de 1866) se mantuvo fiel a Isabel II durante dos meses (mientras el pretendiente carlista le ofrecía el título de virrey de las Antillas) y combatió a los insurrectos por su propia iniciativa, creyendo que era un simple pronunciamiento pasajero: SEDANO y CRUZAT, *Cuba desde 1850 á 1873*, cit., p. 298; CERVERA PERY, *La Revolución de 1868*, cit., pp. 18 ss.

⁽¹³⁶⁾ I. ROLDÁN DE MONTAUD, *La Unión Constitucional y la política colonial española en Cuba (1868-1898)*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1991, pp. 27 ss. Las peculiares circunstancias de Cuba obligaron a introducir una enmienda en el artículo 107 del proyecto constitucional (108 en la Constitución). En la sesión del 25 de mayo de 1869 (aún sin representantes ultramarinos), las Cortes Constituyentes enmendaron la redacción originaria, donde se decía que el gobierno de las provincias ultramarinas de Cuba y Puerto Rico se reformaría en cuanto hubieran tomado asiento sus diputados, y decidieron cambiar la conjunción por una significativa “o”, al referirse a esa condición, que quedó referida al momento en que los diputados de Cuba o Puerto Rico tomasen asiento en las Cortes (D. S. 25-5-1869, p. 2331).

⁽¹³⁷⁾ CERVERA PERY, *La Revolución de 1868*, cit., p. 26. Murió al poco de volver a Europa, en un balneario francés. Muchos le reprocharon la creación del Consejo de Administración de Bienes Embargados, el 1 de abril de 1869, para legalizar el despojo de bienes de los cubanos revolucionarios, que pasarían a engrosar las fortunas de los

Su sucesor, Caballero de Rodas, fue bien recibido por la prensa, comerciantes y voluntarios. Se mantuvo en el cargo durante año y medio, e intentó acometer una reforma a fondo de la Administración, al tiempo que en sucesivos informes al Gobierno retrataba un cuadro lamentable de la situación de Cuba (excesivo número e ineptitud de los empleados, mala administración de justicia, exagerados impuestos, penosa enseñanza primaria...) y mostraba su preocupación creciente por la actitud de EEUU ⁽¹³⁸⁾. Fueron, sin embargo, las noticias de la insurrección las que sobre todo preocuparon a los gobiernos del Sexenio, que condicionaron a la victoria sobre ella cualquier otra decisión. Ni reformas ni derechos en una Cuba en guerra. Hubo también un problema de indecisión política y de desorientación, que el 10 de julio de 1871 denunciaba ante el Congreso Rafael M^a de Labra en su primer discurso parlamentario: « Vosotros ignoráis la situación de Cuba. Vosotros creéis simplemente que Cuba es un país desgarrado por una lucha fratricida, donde el sable impera por la dura ley de la necesidad, pero lo que no sabéis es que Cuba, hoy por hoy, es un feudo del absolutismo. Y positivamente ignoráis de qué manera se ha llegado á tan deplorable extremo ». El porqué de la guerra se encontraba también para él en las continuas decepciones arrastradas desde 1837, y de manera especial en la que había seguido a la Junta de Información, unidas al descontento por la gestión rigurosa y anacrónica del general Lersundi ⁽¹³⁹⁾. Pero el ministro López de Ayala le replicó entonces, y en esa línea se mantuvieron sus continuadores hasta el período republicano, que mientras no se pacificara la isla no se tomaría ninguna decisión ⁽¹⁴⁰⁾. De manera que para Cuba durante el Sexenio no hubo más política que la política de guerra dirigida a impedir su separación de España.

miembros del Casino Español, inaugurado en agosto de ese año, siendo capitán general Caballero de Rodas, y que se convirtió en la sede de los peninsulares integristas: FRANCO, *La reacción española*, cit., pp. 41 ss. y 68 ss.

⁽¹³⁸⁾ CERVERA PERY, *La Revolución de 1868*, cit, p. 27.

⁽¹³⁹⁾ Lo publicó él mismo en R. M^a de LABRA, *La crisis colonial de España (1868-1898). Estudios de política palpitante y discursos parlamentarios*, Madrid, Alfredo Alonso, 1901, bajo el título *La cuestión de Ultramar*, pp. 1-78 (esp. pp. 28 y 32).

⁽¹⁴⁰⁾ ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación*, cit., p. 59. En D.S. 13 de diciembre de 1869, p. 4236, una intervención del ministro Becerra en esa misma línea..

3.1. *El ensayo de la libertad en Puerto Rico*

Puerto Rico tuvo también su llamamiento a la independencia con el ‘Grito de Lares’ del 23 de septiembre de 1868, el primer brote separatista en la isla, pero fue pronto sofocado, por lo que sus diputados pudieron participar en las Cortes Constituyentes e integrarse con voz y voto en la representación nacional en pie de igualdad con sus colegas peninsulares ⁽¹⁴¹⁾. De los once que le correspondían, las elecciones (celebradas el 30 de mayo de 1869) dieron los escaños a siete candidatos conservadores y cuatro liberales ⁽¹⁴²⁾. Ninguno de los comisionados en la Junta de Información se encontraba entre ellos.

Los compromisos proclamados obligaban a los diputados peninsulares a ocuparse de un mundo que, de entrada, apenas conocían. Para preparar el encuentro con él, ya en la circular del 27 de octubre de 1868 a los gobernadores de Cuba y Puerto Rico se había anunciado que el Gobierno pensaba utilizar como guía para la discusión de las reformas ultramarinas en las Cortes los datos proporcionados por la Junta de Información. Un punto de partida cuya conveniencia defendió también el diputado Fernández Vallín en la sesión de 25 de mayo de 1869 mencionada más arriba, consciente de que las cuestiones relativas a las Antillas eran «por desgracia muy desconocidas en nuestra patria». Mas enseguida la presencia física de los diputados puertorriqueños en el parlamento, llegados a principios de octubre de ese año, permitió a sus colegas disponer de una fuente directa de noticias con la que bosquejar la situación y tomar constancia de los problemas a los que iban a enfrentarse. Estaban en juego los derechos, y el reto era la integración, sobre su base, de todos los españoles. Saber de qué punto se partía resultaba requisito imprescindible para el hallazgo de las fórmulas adecuadas, en lo cual también los representantes ultramarinos ayudaron con indicaciones sobre las pautas a seguir. La ocasión era histórica y no podía desaprovecharse.

Por boca de sus representantes, Puerto Rico se presentó a las

⁽¹⁴¹⁾ Los separatistas, entre los que se encontraban venezolanos y colombianos, llegaron a proclamar un gobierno de la República de Puerto Rico. Fue el general Pavía quien venció el movimiento (LALINDE, *La administración española*, cit., p. 41).

⁽¹⁴²⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 157.

Constituyentes españolas como una tierra de tinieblas en la que todo estaba por hacer y donde igualmente las esperanzas apuntaban hacia fórmulas autonómicas. Particularmente significativa en este sentido fue la sesión del 13 de noviembre de 1869, con intervenciones muy críticas de diputados puertorriqueños y peninsulares, cuya réplica por parte del ministro de Ultramar, Manuel Becerra, sirvió para que la cámara conociera las líneas sobre las que por entonces trabajaba el Gobierno. El estado político de Puerto Rico, dijo ese día el puertorriqueño Padial, era ofensivo a la dignidad humana y contrario a los intereses de la Nación. Desde muchos años atrás la isla se regía por decretos provisionales, continuamente enmendados al compás de los intereses de los gobernantes irresponsables encargados de ejecutarlos, sin que hubiera leyes fijas ni participación alguna de los habitantes en su gobierno y administración. Para él la cuestión residía, en definitiva, en que la isla de Puerto Rico, en situación de grave desorden económico, sin caminos, sin enseñanza pública, con sus iglesias arruinadas y sus ayuntamientos sin casas decentes, administrada por empleados en su mayoría ineptos, gobernada por irresponsables y con una justicia que permitía imponer castigos infamantes, azotes y destierros sin proceso ni sentencia judicial, aun siendo parte integrante de la Nación española por su naturaleza y por la historia, no estaba constituida y urgía constituir la. «Una sombra del municipio, que ha sido siempre el último baluarte de la libertad española; ni una sombra siquiera de Diputación provincial y el alejamiento sistemático de nuestra palabra en los Congresos de la Nación: he ahí los elementos esenciales negativos de nuestra constitución política en las Antillas». Se imponía reemplazar la «arbitrariedad gubernamental y la fuerza», leyes que regían allí, por derechos y garantías iguales si se querían poner las bases de una nacionalidad sólida y duradera. A su juicio, sin embargo, la identidad no era premisa de la libertad, por lo que, partiendo de esa consideración, Padial aprovechó el discurso para anunciar sus convicciones decididamente favorables a la autonomía («que no es otra cosa que la *descentralización política y administrativa*»), orden político que permitía ensanchar la vida pública de las provincias sin disminuir los lazos de interés recíproco con la madre patria, como se podía comprobar en Canadá y Australia. La corta extensión y la escasa población y riqueza de Puerto Rico no le permitían aspira-

ciones separatistas, de modo que en su caso era solución especialmente adecuada. Entendía que el sistema colonial vigente sólo lo defendían los negreros y esclavistas. El cambio apremiaba, y urgía también la abolición de la esclavitud. Con la petición al Gobierno de la iniciativa en la obra de devolver a 43.000 personas su libertad natural y a 600.000 españoles sus legítimos derechos de ciudadanía, arrancándolos de la situación degradante en que los tenía el despotismo del sistema colonial, concluía su discurso ⁽¹⁴³⁾.

Frente a su apasionada oratoria, la contestación del ministro Becerra comenzó haciendo una llamada a todos a la reflexión madura y prudente. Justificó luego por qué utilizaba la expresión « provincia española » para referirse a Puerto Rico, explicando a los diputados que pudieran preferir la de « colonia », como el Canadá de Inglaterra, que esos habían sido los términos decididos en votación unánime por la comisión parlamentaria nombrada para tratar de los problemas referentes a la isla (entre cuyos miembros se encontraba gran parte de los diputados puertorriqueños), así como los que se mantenían en el proyecto de Constitución que se estaba preparando para ella ⁽¹⁴⁴⁾. Respecto a su régimen, tras referirse a los tres sistemas coloniales más conocidos — el militar, el de la autonomía y el de la asimilación — anunció que tanto sus preferencias personales como el proyecto constitucional se inclinaban por una combinación de los dos últimos que permitiera conciliar la unidad con la intervención de la isla en lo relativo a sus intereses. De ese modo, Puerto Rico tendría tanta independencia como las colonias de Inglaterra y además las ventajas de una provincia española. En tema de esclavitud, e igualmente combinando, la necesidad de

⁽¹⁴³⁾ D.S. 13-11-1869, pp. 4221-4223. Le apoyó luego en sus propuestas políticas el diputado Hernández Arbizu (p. 4232).

⁽¹⁴⁴⁾ Se refería a la Comisión de Reformas Político-administrativas para Puerto Rico, creada por real decreto de 10 de septiembre de 1869 con la finalidad de establecer las bases para las mismas y proponer medidas para la abolición de la esclavitud. Tras debatirse en ella las opciones asimilista y autonomista (entendiendo la primera como integración político-administrativa gradual), en las bases elaboradas por la Comisión (entre ellas la extensión de la Constitución de 1869 con modificaciones tales como la exclusión de los esclavos o la regulación de un sufragio censitario), se consideraba efectivamente a Puerto Rico como provincia de la Monarquía. Cf. ALVARADO, *Constitucionalismo y codificación*, cit., pp. 220 ss.

eliminarla con el menor perjuicio para aquellos a quienes la ley había hecho legítimos propietarios de esclavos aconsejaba inclinarse por una abolición gradual, si bien en el menor tiempo posible ⁽¹⁴⁵⁾.

Partidario de la autonomía y de que concluyera de una vez el sistema de gobierno personal en las Antillas y la lamentable situación económica en que se encontraba se mostró también el diputado Gabriel Rodríguez, que ahondó todavía más en los agravios. Recordó la fuerte contribución de Puerto Rico al presupuesto español y el hecho de que sus aportaciones no se gastaran en caminos, que no había, ni en instrucción pública, ni en vivificar la isla, sino en pagar a los empleados públicos (la mayoría de ellos innecesarios y, por tanto, perjudiciales) y en sostener al ejército (« porque un país tan mal gobernado ha de estar descontento, y cuando un pueblo está descontento no hay otro medio de sujetarlo que el empleo constante de la fuerza »). Dedicó asimismo duras palabras a la esclavitud y a la decadencia moral que llevaba consigo por el desgaste de los sentimientos contrarios a ella y la consiguiente indiferencia que la costumbre acababa por provocar, haciendo que el parlamento español se enfrentara a lo que significaba su realidad cotidiana con reflexiones como la siguiente: « Hay indudablemente una pérdida del sentimiento moral en los pueblos donde la esclavitud existe; porque yo no concibo que se pueda leer con indiferencia, con tranquilidad, en las horas, por ejemplo, que se dedican á la lectura de los periódicos; yo no concibo que se pueda leer con tranquilidad y con calma aquella cuarta página de los periódicos de Ultramar; que se pueda leer aquella página en que se anuncia la venta de niñas *casi* blancas, es decir, hijas quizá del que las vende; en que se anuncian ventas de negros separados de sus hijos y de sus esposas; en que se anuncia un unguento bueno para curar las mataduras de los caballos y las heridas de los negros; no comprendo que pueda haber quien lea esos asuntos sin que se subleve é indigne su razon y su conciencia ». Con el mismo objeto recordó también una reciente sentencia de la Audiencia de Puerto Rico que había condenado a un amo a seis meses de prisión, redimibles por una multa de 10.000 rs., por haber tenido encerrado a un esclavo durante cinco años con las piernas en un cepo y sujetas con una barra de hierro, casi sin alimento ni vestido

⁽¹⁴⁵⁾ Ivi, pp. 4224-4227.

y azotándolo de cuando en cuando sólo porque se le suponía autor de ciertos maleficios a los que se atribuía la muerte de otros esclavos de su hacienda. Un hecho que en ultramar apenas había sorprendido o indignado. Una sentencia, y eso la hacía más lamentable aún, que se había dictado después de la Revolución de Septiembre, cuando España había proclamado los derechos individuales y nos preparábamos, decía, para llevar a aquellas otras tierras la libertad. « Nuestra obra sería incompleta si tuviéramos el egoísmo de reservar la libertad para nosotros y no la extendiéramos á nuestros hermanos ». Esperanzado, finalizaba diciendo que ese día empezaba para los hermanos del otro lado del mar la Revolución de Septiembre, gracias a la interpelación de Padiá y la respuesta del ministro ⁽¹⁴⁶⁾.

Esta había sido la primera vez que se había tratado en el parlamento español la cuestión de Puerto Rico, recordó el ministro Becerra en una nueva intervención. En su opinión, el sistema colonial español había adolecido y adolecía de gravísimos defectos, si bien nuestro país había sido más humano y « civilizador » que otras naciones que pasaban por ser más adelantadas que la nuestra. Insistió en que a su juicio podía haber a la vez asimilación y autonomía, pues la primera no había de entenderse como una aplicación punto por punto a las provincias de ultramar de todas las disposiciones que mantenían la unidad entre las de la península, y la segunda se concedería para que las Antillas pudieran tratar de todos los asuntos que les interesasen a ellas exclusivamente. De ese modo, Puerto Rico iba a tener todas las atribuciones concedidas a las provincias peninsulares más algunas otras que le correspondían por su posición particular, y todo eso sin romper la unidad nacional. Pese a no ser nuevo, tal sistema, advertía, no lo había visto aplicado en ninguna parte ⁽¹⁴⁷⁾. Era el que ellos querían llevar allí.

De ese modo quedaron definidas las posturas en sede parlamentaria ese 13 de noviembre de 1869. Once días después, y como

⁽¹⁴⁶⁾ Ivi, pp. 4227-4229. Asimilación política total y autonomía administrativa defendió luego para Puerto Rico otro de sus diputados, Escoriaza (marcando ahí expresamente sus distancias con Padiá y utilizando como ejemplo de sus aspiraciones el régimen de las Vascongadas), para quien el Estado liberal no había llevado a la isla más que una degradación progresiva de su situación, agravada incluso en los 13 meses transcurridos desde la Revolución (p. 4231).

⁽¹⁴⁷⁾ Ivi, pp. 4235-4237.

cumplimiento de la disposición consignada en el artículo 108 de la Constitución, Becerra presentó a la aprobación de las Cortes Constituyentes un *Proyecto de ley modificando varios artículos de la Constitución del Estado, para aplicarla á la isla de Puerto Rico* ⁽¹⁴⁸⁾. Era en él donde hacía la evocación de « aquella página inmortal de 1812 », vuelta a abrir por la Revolución de Septiembre tras un paréntesis de dolorosa interrupción para la libertad y la justicia, que se recordaba al principio de este trabajo. Felizmente, añadía, no había sido un paréntesis irreversible; la provincia de Puerto Rico había conservado el principio de la nacionalidad, y eso bastaba para procurar la reparación de injusticias anteriores « con el reconocimiento leal, a la vez que ilimitado del derecho igual para todos los hijos de España ». Solemnes declaraciones de ese tipo no faltaban en la Exposición de motivos, con su clímax en el momento en que Becerra afirmaba que la Revolución de Septiembre significaba para los puertorriqueños, más que ningún otro movimiento, « la consagración de los derechos humanos, que la Revolución de 1789 legó a la historia moderna como ley de vida y desenvolvimiento ulterior », y que este carácter universal debía reflejarse en las instituciones surgidas al calor de tales principios, « de tal suerte, que allí donde el sol de España alumbre al hombre, allí le serán reconocidos y garantizados los derechos que nacen de su propia naturaleza anteriores a toda ley positiva, superiores a ella y por tanto ilegislables ». Mas el tono de las palabras no bastaba para ocultar el recorte de intenciones, bien evidente en la propia necesidad de una ley con el significado de la que con tales declaraciones el ministro presentaba a la aprobación de las Cortes Constituyentes, pese a la abierta contradicción que la misma pudiera suponer con una configuración constitucional de los derechos, como la del texto fundamental del Sexenio, que los ponía por encima de cualquier determinación legal ⁽¹⁴⁹⁾. En la mente del ministro estaba la posibilidad de admitir condiciones y limitaciones a los derechos, por más que los calificara

⁽¹⁴⁸⁾ D.S. 24-11-1869, apéndice segundo al n. 166. Llevaba fecha del 18 de noviembre. Lo publica también GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., ap. n. IX, pp. 487 ss., sobre el manuscrito conservado en el Archivo del Congreso, leg. 138, n. 19. Un análisis del proyecto, en SERVÁN REYES, *Laboratorio constitucional*, cit., pp. 437 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ Insiste en ese punto SERVÁN REYES en su análisis del proyecto (*Laboratorio constitucional*, cit., pp. 439 ss., y *Transposición constitucional...*, cit., pp. 641 ss.

de naturales y que como tales hubieran sido contemplados en la Constitución española que ahora, reparando una injusticia histórica, se quería llevar a ese otro mundo.

Justificaba la ley un afán conservador, el miedo al riesgo que la libertad de los puertorriqueños pudiera suponer para la integridad de la Nación española. Si no fuera por los aislados focos de resistencia antipatriótica y propósitos desleales que había en la isla, decía Becerra, habría propuesto sin más la aplicación literal de la Constitución española en Puerto Rico. Pero esos hechos imponían unas modificaciones, que el tiempo acabaría por hacer innecesarias. Entre ellas, las limitaciones a los derechos de libre emisión de las ideas, de asociación y de enseñanza que preveía el proyecto, debidas al respeto sagrado a la patria y a la obligación de mantenerla en su integridad. En la cuestión de la esclavitud, eran los derechos legítimamente adquiridos de los propietarios los que impedían su brusca abolición, pese a que la voz de los representantes de la isla les había hecho saber la opinión unánime que existía en ella a favor de su desaparición. Para el caso del sufragio se alegaban razones más vagas (lecciones de experiencia y circunstancias históricas), mientras que la distancia geográfica se presentaba como el fundamento de las variaciones en el tema de la suspensión de garantías. Distinta índole tenía, por último, el anuncio de una futura regulación legal de las facultades legislativas que pudieran concederse a la Diputación provincial de Puerto Rico, diferenciándola en eso de las existentes en la península e islas adyacentes, cuya justificación venía dada por el deseo de conciliar la exigencia de mantener la Nación una e íntegra y constituir el Estado bajo las mismas condiciones y caracteres, con la de reconocer a la provincia de Puerto Rico «cierta *autonomía*», determinada por su situación lejana, su historia de territorio colonial y sus necesidades particulares, si bien dejando siempre a salvo el poder soberano de la Nación.

Así presentado (con anuncio, también, de propósitos), el texto del proyecto consideraba en su artículo primero a la isla de Puerto Rico «como una provincia de la Monarquía, con los mismos derechos y condiciones que las de la península, salvo las modificaciones que establezcan las leyes en punto a su régimen», y disponía en el segundo que la Constitución promulgada por las Cortes Constituyentes el 1 de junio de 1869 se aplicaría en ella con las alteraciones

y adiciones a su articulado que se declaraban a continuación. Para el artículo 16, relativo al sufragio ⁽¹⁵⁰⁾, se proponía una nueva redacción que exigiera allí saber leer y escribir. En el 17 (donde la Constitución establecía que ningún español podría ser privado de los derechos de libre emisión del pensamiento, reunión pacífica, asociación para fines no contrarios a la moral pública y petición) se imponía como limitación a la libertad de expresión la prohibición de discusiones públicas tendentes a propalar ideas sobre la separación de la isla de Puerto Rico de la madre patria o encaminadas a menguar la integridad del territorio español, así como las que versaran sobre la esclavitud mientras ésta subsistiese. Sobre asociaciones, una adición al artículo 19 ⁽¹⁵¹⁾ facultaba al Gobernador Superior de la isla, oyendo a la Junta de Autoridades, a acordar bajo su responsabilidad la disolución de cualquier asociación cuyo objeto o medios comprometiesen la seguridad del Estado, dando cuenta justificada al Gobierno por medio del telégrafo o el primer conducto; a la vista de ello, el Gobierno impetraría de las Cortes la ley correspondiente o bien revocaría la decisión del Gobernador. Para el artículo 21 ⁽¹⁵²⁾ se proponía una nueva redacción, más breve (« El ejercicio público o privado de cualquier culto queda garantizado a todos los habitantes de Puerto Rico, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho »), y en el 24 ⁽¹⁵³⁾ se recortaba la libertad de fundar establecimientos de enseñanza con

⁽¹⁵⁰⁾ « Ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado del derecho de votar en las elecciones de senadores, diputados a Cortes, diputados provinciales y concejales », en la Constitución.

⁽¹⁵¹⁾ « A toda asociación cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma les proporcione, podrá imponérsele la pena de disolución. La autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca, sometiendo incontinenti a los reos al Juez competente. Toda asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado podrá ser disuelta por una ley ».

⁽¹⁵²⁾ « La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica. El ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral y del derecho. Si algunos españoles profesaren otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el párrafo anterior ».

⁽¹⁵³⁾ « Todo español podrá fundar y mantener establecimientos de instrucción o de educación sin previa licencia, salvo la inspección de la autoridad competente por razones de higiene y moralidad ».

las prohibiciones del 17 relativas al mantenimiento de la integridad nacional, mientras que en tema de suspensión de garantías (art. 31) se facultaba también al Gobernador para declararla, tras oír a la Junta de Autoridades y dando inmediata cuenta justificada al Gobierno, el cual podría solicitar de las Cortes una ley al respecto o disponer el alzamiento de la suspensión. Las facultades especiales de la Diputación provincial iban en la línea antes indicada, y, por último, en las disposiciones transitorias, una referencia a los esclavos: los derechos consignados en la Constitución no serían de aplicación a los individuos que se encontrasen en estado de servidumbre mientras esta subsistiera, si bien a medida que fuesen adquiriendo la libertad por cualquiera de los medios establecidos en las leyes quedarían en el pleno goce de los que aquella reconocía a los españoles habitantes de Puerto Rico.

La larga e intensa discusión parlamentaria del proyecto puso de manifiesto que los derechos asustaban, por más que las modificaciones intentaran reducir sus peligros. Con una Cuba al lado en guerra por su independencia, se temían sus consecuencias y para muchos lo conveniente exigía sacrificar los principios de justicia y democracia. En los debates se plantearon dudas sobre su oportunidad y se hicieron todo tipo de llamadas al riesgo que podría representar para los intereses económicos y políticos. El propio gobernador de Puerto Rico, general Sanz, instó al Gobierno a impedir la aprobación del texto porque, a su juicio, de lo contrario la isla se perdería lo mismo que se había perdido México. Idéntico temor fue expresado por el fiscal de la Audiencia Territorial de Puerto Rico, alertando sobre el hecho de que, de salir adelante, « la independencia se haría por sí sola, y a ella seguiría la inmolación de los españoles por las falanjes semisalvajes de negros y mulatos »⁽¹⁵⁴⁾. En las Cortes, la comisión encargada de informar sobre él propuso que no se promulgara ni aplicara en Puerto Rico sin ir acompañado de las correspondientes leyes orgánicas, e incluso uno de sus miembros, Romero Robledo, separándose del dictamen de la misma presentó un voto particular planteando que se aplazaran las delibe-

⁽¹⁵⁴⁾ SERVÁN REYES, *Laboratorio constitucional*, cit., pp. 440 y 444, citando, sobre los últimos testimonios, a CRUZ MONCLOVA, L., *Historia de Puerto Rico (siglo XIX)*, Puerto Rico, 1957, T. II, Parte I, pp. 43, 86, 89 y 90.

raciones hasta el momento en que tomaran asiento los diputados de Cuba (155). En esa misma línea llegaron al Congreso peticiones de distintos sectores sociales procedentes de Gijón, Barcelona, Avilés, Valencia y otras provincias del litoral español ligadas comercialmente con las Antillas (156). Corroborado por más de once mil firmas de conservadores cubanos, ese era igualmente el deseo expresado en una exposición fechada en La Habana el 5 de enero de 1870 y presentada días después por Cánovas en el Congreso, donde se pedía el aplazamiento de toda reforma y que no se legislara aún para Puerto Rico, pues todo lo que se hiciera en la isla podría dar argumentos a la insurrección cubana (157). Desde ciudades como Madrid o Cuenca, sin embargo, otros solicitaron a las Cortes que las reformas políticas de Puerto Rico se discutieran a la mayor brevedad posible (158).

Estaba en cuestión el precio de los derechos y las consecuencias que su reconocimiento en Puerto Rico habrían de suponer para la integridad de España. Si para unos la libertad era el mejor modo de asegurar la unidad de la patria, para otros significaba su ruina. Estaba también la lealtad de Puerto Rico mientras en Cuba se desarrollaba una guerra separatista; unos esperaban un gesto de recompensa y otros temían que cualquier trato diferente exacerbase los ánimos de los independentistas cubanos. En esos términos, entre la ilusión y el miedo, entre la igualdad de las Antillas o la singula-

(155) D.S. 24-1-1870, lectura del dictamen de la comisión (p. 5148) y publicación del mismo como apéndice n. 2. Sus autores (Manuel Valdés y Linares, Juan A, Hernández Arbizu, Vicente Romero y Girón, Julián Pellón y Rodríguez y el marqués de Sardoal) declaraban en él que, entre el reconocimiento de la autonomía y el principio de asimilación, a su parecer este último era el que se hallaba más en armonía con el modo de ser de las Antillas y el que mejor respondía a sus necesidades y conveniencia, al igual que lo habían pensado los legisladores de Cádiz y lo habían dejado consignado en su protesta los diputados electos de Cuba a quienes no se había dejado sentar en las Cortes de 1837. El voto particular de Romero Robledo se presentó dos días después (D.S. 26-1-1870, p. 5212, publicado luego como apéndice 2).

(156) GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., pp. 161-162.

(157) La recordaba el propio Cánovas en su intervención ante el Congreso el 29 de marzo (D.S. 29-3-70, pp. 7023 ss.). Otras dos mil firmas se añadieron después.

(158) El 24 de marzo más de tres mil firmantes de Madrid presentaron una exposición con ese objetivo, a la que se añadió ese mismo día otra de varios vecinos de Cuenca (GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 162).

ridad de la más pequeña de ellas, entre la coherencia y la conveniencia, se desarrollaron los debates al proyecto de lo que muchos comenzaron a llamar la Constitución de Puerto Rico.

La discusión del voto particular de Romero Robledo sacó a algunos de su mutismo. Fue entonces cuando Cánovas presentó a la cámara el balance de resultados de la Junta de Información mencionado más arriba, tras recordar a todos cómo había sido él quien en 1865 había considerado por fin llegado el momento de abordar las reformas aplazadas desde 1837 ⁽¹⁵⁹⁾. Con sus negras conclusiones sobre la misma, con las amenazas a la integridad de la madre patria que había percibido en la actitud de los comisionados, con Yara y Lares, encontraba muy peligrosa la idea de trasladar a Puerto Rico el título I de la Constitución española de 1869. Calificaba de « absurdo » e « imposible » el hecho de que una constitución democrática como la nuestra pudiera ser llevada a las Antillas cuando resultaba evidente que tanto en Cuba como en Puerto Rico existían grandes partidos separatistas, y abogó por la defensa a ultranza del partido español (representante de « la mayor suma de inteligencia y de riqueza »), instando a la Nación, el Gobierno y las Cortes a ponerse a su cabeza y llevar las reformas políticas sólo cuando él las solicitase, una vez vencidos los enemigos de la patria. Únicamente en ese momento, tras la derrota total de la separación, el partido español podría dar libertades.

Frente a posturas conservadoras como la de Cánovas, otros juzgaron que para el mantenimiento de las Antillas era perentorio el reconocimiento de los derechos. Fue el caso de la minoría republicana (que aprovechó también la ocasión para salir del silencio sobre los temas ultramarinos mantenido por sentido del patriotismo desde hacía un año) ⁽¹⁶⁰⁾, y del propio Manuel Becerra, quien, ya como ex-ministro de Ultramar, al poco de presentar su dimisión hizo en tono profético la siguiente advertencia: « Desde luego declaro, como de pasada, que si no lleváis la libertad á aquellos países, los perdeís

⁽¹⁵⁹⁾ D.S. 1-4-1870, pp. 7023-7030.

⁽¹⁶⁰⁾ D.S. 26-3-1870, pp. 6846-6852, intervención del diputado Benot, para quien la historia demostraba que la América continental se había perdido por no haber dado jamás oídos al elemento criollo (p. 6846).

de seguro » ⁽¹⁶¹⁾. Por entonces estimaba incluso que se podría prescindir de muchas de las modificaciones a la Constitución que recogía su proyecto.

La propuesta de Romero Robledo fue rechazada (103 votos en contra y sólo 13 a favor) ⁽¹⁶²⁾, pero la tramitación del proyecto de Becerra se paralizó en ese punto, pues el nuevo ministro, Segismundo Moret, decidió introducir en el mismo algunas variaciones de las que acabó resultando un texto diferente y de mayor alcance, el *Proyecto de ley de Constitución para la isla de Puerto-Rico, nuevamente redactado por su comisión*, cuyo dictamen se leyó en la sesión del 6 de mayo de 1870 ⁽¹⁶³⁾. Como unos días antes explicaba a Álvarez Bugallal tras haber sido interpelado expresamente por él sobre el sentido de los cambios que pensaba incorporar, había creído conveniente unir al tema de los derechos los elementos de organización de la isla y sus relaciones con el Gobierno de la metrópoli, planteado todo ello bajo un principio descentralizador que permitiera la natural expansión de los intereses insulares sin afectar al vínculo con el poder central de la metrópoli ⁽¹⁶⁴⁾. De ese modo, Moret concretaba lo que en el proyecto de Becerra eran meros anuncios sobre el futuro de la organización político administrativa de Puerto Rico, si bien bajo su mismo planteamiento ecléctico de combinar asimilación y autonomía.

El nuevo proyecto declaraba a la isla provincia de la Monarquía española y, con las limitaciones establecidas en él, extendía a sus habitantes los derechos consignados en el título I de la Constitución de 1869. Además de ello, declaraba también aplicables a Puerto Rico el resto de disposiciones contenidas en la Constitución y relativas a la organización de los poderes, sin más alteraciones que las determinadas en este texto. Luego, en un título II, organizaba su territorio sobre la base de ayuntamientos electivos establecidos en cada centro de población y una única Diputación Provincial para toda

⁽¹⁶¹⁾ D.S. 1-4-1870, inmediatamente después de la intervención de Cánovas (p. 7031), urgiendo el rechazo del voto particular de Romero Robledo y la aprobación de su proyecto sin más dilaciones. Presentó la dimisión, y se le aceptó, el 31 de marzo (id., p. 7008).

⁽¹⁶²⁾ D.S. 1-4-1870, pp. 7042-7043.

⁽¹⁶³⁾ D.S. 6-5-1870, p. 7745, luego publicado como apéndice n. 5.

⁽¹⁶⁴⁾ D.S. 23-4-1870, p. 7365.

ella, asimismo electiva, con facultades ampliadas en relación con las que el título VIII de la Constitución disponía para las peninsulares; entre ellas, las de solicitar del Gobierno lo conveniente a los intereses puertorriqueños y dictar disposiciones de carácter general, previa aprobación de las Cortes. Respecto a la representación en estas, el número de diputados y senadores sería en igual proporción que en la península. El sufragio, censitario, se reconocía sólo a los que supiesen leer y escribir o pagasen 8 pesos de contribución directa. En materia presupuestaria, se decía que las Cortes votarían anualmente el presupuesto de gastos de la isla y la cantidad total de ingresos. Y en cuanto al gobierno de la misma, sin especificar la denominación de los cargos, se disponía que se ejercería por medio de autoridades civiles, atribuyendo al poder central, por medio de sus delegados, las facultades concedidas por la Constitución al poder ejecutivo. Entre las disposiciones transitorias, se declaraba que los derechos no serían aplicables a los individuos en situación de servidumbre, los cuales no podrían ejercitarlos hasta seis años después de haber alcanzado la libertad. Quedaban prohibidas las discusiones públicas sobre separación de la isla de Puerto Rico de la madre patria, sobre la integridad del territorio español o sobre la esclavitud mientras esta subsistiera.

Mas nada de eso llegó siquiera a discutirse, ante la desesperación de los diputados puertorriqueños que veían cómo el tiempo pasaba sin que se concretasen las promesas de la Revolución, mientras el Congreso se enredaba en mil y un asuntos considerados prioritarios. La impaciencia les llevó a plantear en dos ocasiones sendas proposiciones dirigidas a urgir la discusión y subsiguiente votación del proyecto, pero en ambas acabaron convenciéndolos para que las retirasen, quedando sólo como testimonio elocuente de la queja y frustración de unos diputados noveles, comprometidos con la suerte de su país y el logro de unas reformas que permitieran situarlo en la España del momento, cuyos discursos añadieron algo más de ilustración a lo que sobre el mismo conocían sus colegas.

La primera de las proposiciones la presentó Román Baldorioty de Castro el 23 de mayo de 1870, pocos días después de incorporarse al Congreso, tras recordar a todos que su país le había impuesto el deber de exponer ahí su situación, sus dolores y sus

justas quejas ⁽¹⁶⁵⁾. Para su justificación, Baldorioty comenzaba por hacer balance de las razones que hasta el momento los enemigos de las reformas habían aducido para retrasarlas y evitar que Puerto Rico tuviera « una organización legal verdadera », las cuales centraba en tres: 1^a) la situación de Cuba; 2^a) los problemas económicos que se derivarían de ellas, y 3^a) la historia de la revolución hispanoamericana, de la cual algunos deducían « que á cada movimiento liberal de la Metrópoli correspondía un movimiento americano de índole independentista o separatista ». A la primera respondía que Puerto Rico estaba en paz y que no había razón plausible para confiscarle sus derechos, confiscación de todo punto arbitraria y contraria a la justicia, con terrible efecto desmoralizador en ambas provincias. A la segunda, que las leyes que respetaban a los hombres producían riqueza y, por el contrario, la falta de garantías alejaba los capitales. Y a la tercera, que lo que había hecho en América sinónimos a vocablos como libertad e independencia había sido, además de los designios de la Providencia, la serie de errores inexcusables por parte de los gobiernos, y en especial de los gobiernos de allá, con sus poderes despóticos e ilimitados, para ilustración de lo cual ofreció a la cámara la lectura del texto de la real orden de 18 de mayo de 1825. Sus términos, decía, hacían innecesario todo comentario y comparación con la Constitución de 1869, pero consideró oportuno relatar a los diputados algunos ejemplos de los extremos a que había dado lugar la real orden, pese a que les pudieran parecer imposibles por lo vejatorios y crueles, como muestra de la pura arbitrariedad, el clima de amenazas y coacciones y la continua falta de respeto a los tribunales de justicia que se desarrollaban en Puerto Rico a su amparo. Todo ello prueba, en definitiva, de un poder despótico, el de sus capitanes generales, prácticamente irresponsable y sin más reacción frente a él que el relevo, pues el juicio de residencia, mantenido formalmente, no era más que un « simulacro » de enjuiciamiento. El país pedía a gritos una ley, « porque esto no es ni ley,

⁽¹⁶⁵⁾ D.S. 23-5-2870, p. 8248. Firmaban con él Luis Padial, Pedro de la Sala, Morales Díaz, Díaz Quintero, Miguel Uzuriaga y Jacinto Anglada. Pedían que en cuanto se votase uno de los dos proyectos de ley que se estaban viendo en esos momentos se pusiera a discusión la Constitución de Puerto Rico. La defensa de Baldorioty, en pp. 8248-8253.

ni orden, ni vida de civilización », y no era justo dejar 650.000 almas, decía, al capricho de un hombre, como tampoco lo era mantener a 40.000 en situación de esclavitud; no quiso Baldorioty desaprovechar la ocasión de su primer discurso parlamentario para clamar contra ella, no entendía cómo los hombres de la Revolución podían llevar sobre sus conciencias este borrón, y se escandalizaba especialmente del silencio de los republicanos ⁽¹⁶⁶⁾.

La segunda proposición la defendió Hernández Arbizu unos días después ⁽¹⁶⁷⁾. Punto fuerte de su intervención fue también la real orden de 1825, a la sazón para él el « código político » de Puerto Rico cuando no significaba más que « la negación de todo derecho, la carencia absoluta de toda garantía », la arbitrariedad y la injusticia. Reiteró las esperanzas que la Revolución de Septiembre habían despertado en los reformistas y preguntó a los conservadores qué era lo que querían conservar en Puerto Rico.

Tratando de templar el tono derrotista de su intervención (en ocho meses de presencia de los diputados puertorriqueños en el Congreso no se había aprobado una sola ley para su país, habían comenzado diciendo Arbizu), la réplica del ministro Moret hacía una especie de recapitulación de los avances logrados hasta el momento, sin negar que la situación de Puerto Rico era francamente « triste ». La misma presencia de los diputados puertorriqueños era el primero de ellos. Un triunfo también había sido el rechazo por la

⁽¹⁶⁶⁾ Le contestó el ministro de Ultramar, Moret, para insistir en que la Revolución de Septiembre traía en su germen la necesidad de resolver todas las cuestiones de América, y achacar el retraso a la insurrección cubana y la prioridad de otros asuntos (entre ellos las leyes de organización municipal y provincial), anunciando que a los pocos días habría el debate sobre la Constitución de Puerto Rico. Por alusiones, replicó luego Figueras que la minoría republicana no había sido hasta el momento todo lo revolucionaria que cabía esperar porque había sido antes que nada « patriótica, española, decidida por el orden y la libertad », y en Cuba las libertades se estaban pidiendo con las armas (D.S. 23-5-1870, pp. 8255-8256). Visto el tono del ministro y el cariz que tomó luego el debate, con fuertes enfrentamientos entre Romero Robledo y Figueras, Baldorioty retiró su propuesta, pidiendo justicia para su país (p. 8259).

⁽¹⁶⁷⁾ D.S. 10-5-1870, pp. 8742-8743. Presentada el día anterior con las firmas también de Manuel Valdés Linares, Luis Becerra, J. de Escoriza, Luis Padial, Román Baldorioty de Castro y Antonio López Botas. Apelando al artículo 108 de la Constitución, pedían que la legislatura no se suspendiera sin haberlo cumplido en relación con Puerto Rico.

cámara del voto particular de Romero Robledo, que había significado la aceptación como principio de una Constitución política para Puerto Rico, ante lo cual consideraba que las Leyes de Indias y la real orden de 1825 eran letra muerta («Verdad que esto no es todavía la ley, pero es ya la jurisprudencia»). Igualmente había que celebrar la aceptación por el Congreso de una enmienda de Escorriaza (presentada el 30 de mayo de 1870) por la cual las leyes de ayuntamientos y diputaciones, con fuertes dosis de autogobierno, serían aplicables en Puerto Rico. Y estaba, además, la decidida intención del Gobierno de llevar allí el Código penal y las leyes de procedimiento para dar garantías a los procesados. Quedaban ciertamente, reconocía, los derechos políticos, pendientes del proyecto de Constitución, pero, ya con todo lo anterior, no encontraba muy grave aplazar el asunto para la legislatura siguiente. De momento consideraba «irrealizable» sacar adelante la proposición de los diputados, no obstante lo cual para él lo ya logrado en Puerto Rico era un paso importante y podría considerarse un «ensayo de la libertad en las posesiones de América», que con dolor había tenido que ser aplazado en Cuba. A los puertorriqueños tocaba probar que eso estrecharía los lazos del patriotismo. Retirada también esta segunda proposición tras las palabras del ministro ⁽¹⁶⁸⁾, ya no se volvió sobre el proyecto. Meses después, el 31 de agosto de 1870 el gobernador Baldrich declaró en Puerto Rico la libertad de imprenta, con dos importantes excepciones añadidas: la integridad nacional y la cuestión de la esclavitud ⁽¹⁶⁹⁾. El 1 de abril de 1871 se constituyó la Diputación provincial, presidida por el gobernador superior, con competencias extensivas a las materias de instrucción pública, beneficencia, administración local, hacienda y asuntos eclesiásticos y judiciales ⁽¹⁷⁰⁾. Luego, a finales de 1872, de acuerdo con lo que había solicitado la enmienda de Escorriaza, se llevaron a la isla las leyes Provincial y Municipal de la península de 20 de agosto de 1870, de carácter francamente progresista y descentralizador ⁽¹⁷¹⁾. Y por fin,

⁽¹⁶⁸⁾ D.S. 10-6-1870, p. 8750.

⁽¹⁶⁹⁾ DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., p. 300.

⁽¹⁷⁰⁾ LALINDE, *La administración española*, cit., p. 150.

⁽¹⁷¹⁾ E. BURGOS-MALAVE, *Génesis y praxis de la carta autonómica de 1897 en Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, Centro de Estudios Avanzados de Puerto Rico y el

como manifestación de la mayor coherencia de los políticos de la I República con los valores democráticos de la Revolución Gloriosa, el 10 de julio de 1873 el ministro de Ultramar Suñor y Capdevila presentó a las Cortes dos proyectos de ley por los que se declaraba vigente en las provincias de Cuba (a excepción del territorio ocupado por los insurrectos) y Puerto Rico el título I de la Constitución, sin modificaciones ⁽¹⁷²⁾.

Los cinco considerandos con los que, en estilo judicial, el ministro fundamentaba su decisión dejaban bien claro el cambio de talante de los políticos republicanos. El primero rezaba así: « Considerando que el fundamento de la actual situación política de la Nación española lo constituyen los principios de la democracia, cuyo primer dogma es el de ‘los derechos naturales del hombre, anteriores y superiores á toda ley positiva’ ». Y el último, uniendo las razones de justicia a las de conveniencia, apelaba a la urgencia de proceder sin más retrasos a « la consagración y reconocimiento explícitos de los derechos referentes á la personalidad humana en la culta, pacífica y leal Isla de Puerto Rico ». Con muy escasas discusiones sobre su articulado, el 6 de agosto se aprobó por 184 votos a favor y uno en contra (de Valentín Morán) la « Ley decretada y sancionada por las Córtes Constituyentes, declarando vigente en la provincia de Puerto Rico el título primero de la Constitución de 1869 » ⁽¹⁷³⁾. El 4 de septiembre se publicó en Puerto Rico ⁽¹⁷⁴⁾. El mismo día en que la comisión había hecho saber a las Cortes su dictamen se había presentado el proyecto de Constitución federal de la República española, en cuyo artículo primero aparecían Cuba y Puerto Rico como estados componentes de la Nación española en pie de igual-

Caribe, 1997, p. 11. Aunque en 1870 se habían votado ambas leyes para Puerto Rico, los elementos reaccionarios habían conseguido que quedaran en suspenso, llegando a aplicarse sólo la ley provincial, y con modificaciones (LAGUNA OCHOA, *Las ideas hispanoamericanistas*, cit., p. 181).

⁽¹⁷²⁾ D.S. 11-7-1873, ap. n. 2. El de Puerto Rico, también en GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., Ap. XIV, p. 561.

⁽¹⁷³⁾ D.S. 6-8-1873, pp. 1206 y apéndice n. 10. La discusión y aprobación del dictamen, en D.S. 26-7-1873, pp. 992 ss. Se hizo una primera votación a la totalidad el 2 de agosto, pero por escasez de diputados (sólo 163, todos ellos a favor) hubo que repetirla.

⁽¹⁷⁴⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 174.

dad con Cataluña, Galicia, Navarra, Regiones Vascongadas y todos los otros ⁽¹⁷⁵⁾.

Pero el golpe del general Pavía, el 3 de enero de 1874, significó también para Puerto Rico el final de una etapa. A raíz de él se hizo cargo de la isla el general José Laureano Sanz, que en poco tiempo acabó con las libertades públicas poniendo de manifiesto la fragilidad de la base sobre la que se habían constituido. En uso de las facultades extraordinarias que el Gobierno provisional le había concedido, y apelando a que la isla se encontraba en estado de perturbación con amagos de insurrección, derogó el título I de la Constitución de 1869 y declaró en suspenso las leyes Provincial y Municipal. Enseguida restableció la censura previa y acabó con la prensa liberal, prohibió todas las sociedades políticas existentes que pudiesen suponer un peligro para la seguridad pública, la integridad del territorio, el poder constituido y los intereses de la patria, y disolvió la Diputación provincial, que consideraba producto de un partido francamente federal y contrario al Gobierno, instalando una nueva corporación integrada por conservadores. Tras eso, culminó el derrumbe, el 7 de febrero, con la orden de disolución de los ayuntamientos, situando como alcaldes y concejales a individuos afines a él. Sin que nada de ello produjera especial conmoción en la península, preocupada por otras cosas ⁽¹⁷⁶⁾. Así acabó este primer experimento de la libertad.

Pese a las dudas y contradicciones, el Sexenio quedó registrado en los anales de Puerto Rico como una etapa de progreso y cambios esperanzadores, y esto hasta tal punto que, cuando el 10 de febrero de 1878 el general Martínez Campos firmó con las fuerzas revolucionarias cubanas el Convenio del Zanjón que puso fin a la guerra independentista de la Gran Antilla, presentó a los insurrectos las

⁽¹⁷⁵⁾ D.S. 17-7-1873, apéndice 6. En el artículo 92 se disponía que los estados tendrían completa autonomía económico-administrativa y toda la autonomía política compatible con la existencia de la Nación, y en el 93 se les atribuía facultad para darse una constitución política, disponiéndose en el siguiente que los estados nombrarían sus gobernadores y sus asambleas legislativas por sufragio universal.

⁽¹⁷⁶⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 178; BURGOS-MALAVE, *Génesis y praxis*, cit., pp. 11 y 15. Fue también José Laureano Sanz quien introdujo en Puerto Rico la Guardia Civil, que en la Restauración se destacó por sus métodos de tortura: LALINDE, *La administración española*, cit., p. 42.

reformas puertorriqueñas como ejemplo y garantía de las que se harían en Cuba. Sobre esa oferta, el conjunto de acuerdos con el que se logró el cese de las hostilidades lo encabezó una base primera en la que se prometían a Cuba « las mismas condiciones políticas, orgánicas y administrativas de que disfruta la isla de Puerto Rico ». Su régimen resultaba lo suficientemente atractivo como para que pudiera ofrecerse como precio de la paz a quienes, hartos de promesas incumplidas, habían decidido empuñar las armas para luchar por la independencia. No debió repararse en que para entonces, con suspensiones y derogaciones, los cambios habían quedado muy matizados. Y sin duda tampoco se esperó que de la interpretación de esa base primera que luego iba a hacer el Gobierno canovista resultarían aún más frustradas las expectativas ⁽¹⁷⁷⁾.

3.2. *La cuestión de la esclavitud.*

El principal legado a la historia de Puerto Rico dejado por la I República española (bien acogida, en general, en la isla por los diferentes sectores políticos) fue la abolición de la esclavitud, otra de las asignaturas pendientes que le tocó afrontar. Ahí no hubo marcha atrás, y el año de 1873 marcó en eso la fecha de una decisión definitiva e irrevocable, impuesta por la mayor firmeza en tema de derechos demostrada por los republicanos y que forzosamente tenía que alcanzar al primero de ellos. El sábado 22 de marzo de 1873, en la última de sus sesiones antes de disolverse, la Asamblea Nacional aprobó por unanimidad la ley que abolía « para siempre » la esclavitud en la isla de Puerto Rico, celebrada por sus miembros con grandes vivas: a España, a la República, a la Asamblea Nacional y a la patria en toda su integridad ⁽¹⁷⁸⁾. Hasta entonces todo habían sido escollos, retrasos y vacilaciones, y para romper esa dinámica y forzar la votación el propio presidente de la República, Estanislao Figueras, tuvo que hacer del asunto cuestión de gabinete, amenazando con su dimisión ⁽¹⁷⁹⁾. La ley supuso la libertad para un colectivo integrado

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 38 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ D.S. 22-3-1873, pp. 709 ss. y apéndice 3.

⁽¹⁷⁹⁾ Tras adherirse a la proposición firmada por Rafael Cervera, Vicente Núñez de Velasco, Mamés Esperabé, Valentín Morán, Tomás Ariño, Miguel Mathet y José Fernando González por la cual la Asamblea Nacional se declaraba en sesión permanente

en esos momentos por unas 32.000 personas, de un total de 617.328 habitantes que tenía la isla ⁽¹⁸⁰⁾. Era ministro de Ultramar Sorní.

Sus predecesores habían demostrado mayor preocupación por los obstáculos que por la justicia de la medida. Ya la circular del ministro López de Ayala a los gobernadores de Cuba y Puerto Rico a los dos días del Manifiesto del Gobierno provisional del 25 de octubre de 1868 había prometido que este no emplearía en las provincias de ultramar ninguna medida violenta ni atropellaría los derechos adquiridos al amparo de las leyes ⁽¹⁸¹⁾. Veían en la existencia de la esclavitud un problema de colisión de derechos, y, aun siendo teóricamente abolicionistas, les inquietaba la lesión al de propiedad de los legítimos dueños de esclavos. Les preocupaban también las consecuencias en el rendimiento económico de su trabajo y el uso inconveniente de la libertad en el orden social y político que pudieran hacer. No habían desaparecido los prejuicios racistas ni el ancestral miedo al negro de los reformistas antillanos. Había aún quien prestaba oídos a discursos como el de Cánovas en el Congreso el 29 de marzo de 1870, cuando presagiaba el momento en que « las hordas de negros africanos » reclamasen los derechos políticos y hubiera que enfrentarse así a « uno de los más tenebrosos problemas, uno de los más sangrientos problemas que hayan caído sobre la faz de pueblo alguno en la historia » ⁽¹⁸²⁾, o el de Romero Robledo en el mismo foro los días 9 y 13 de junio de ese año, al afirmar que, históricamente, siempre que había dominado la raza blanca sobre la negra y se había abolido la esclavitud, la raza negra había acabado por aniquilar a la blanca, preguntándose si la abolición inmediata no sería entregar la raza blanca al puñal del asesino ⁽¹⁸³⁾.

Así las cosas, la llamada *Ley Moret* de 23 de junio de 1870, declarando la libertad de vientre en línea con la extinción gradual de la esclavitud en ambas Antillas que desde posiciones gubernamen-

hasta votar definitivamente las leyes de abolición de esclavitud en Puerto Rico y de matrículas de mar (Ivi, pp. 699-700).

⁽¹⁸⁰⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 47; NAVARRO AZCUE, *La abolición*, cit., pp. 127 ss.

⁽¹⁸¹⁾ C.L., T. C, p. 498.

⁽¹⁸²⁾ D.S. 29-3-1870, p. 7029.

⁽¹⁸³⁾ SERVÁN REYES, *Laboratorio constitucional*, cit., p. 462.

tales ya se había venido considerando a raíz de la Junta de Información, habría que calificarla como un avance, un primer paso en un camino que las circunstancias y la personalidad de los políticos del período obligaron a recorrer, cuando otros muchos esperaban haber podido llegar a su final simplemente de un salto ⁽¹⁸⁴⁾. Ellos también se habían hecho oír en las Cortes, caso del diputado puertorriqueño Baldorioty de Castro en su apasionado discurso del 23 de mayo de ese año recordado páginas atrás, cuando había reprochado a la cámara su pasividad y en particular a la minoría republicana el silencio que mantenía sobre el asunto, o caso también de esta misma, que finalmente se pronunció por boca de Emilio Castelar, el 20 de junio, abogando por la abolición inmediata ⁽¹⁸⁵⁾. Bandera de la Guerra de los Diez Años en Cuba, los insurgentes ya la habían proclamado en el territorio dominado por ellos.

La ley se dio sobre un proyecto presentado a las Cortes por el ministro Moret el 28 de mayo de 1870 ⁽¹⁸⁶⁾. Atribuyendo a la revolución de 1868 el significado de detonante de una medida que no podía aplazarse ya más, su idea era que en lo sucesivo no nacieran ni murieran más esclavos en España. De acuerdo con ella, la ley concedía la libertad a los hijos de mujer esclava nacidos después de su publicación, a los esclavos nacidos desde el 17 de septiembre de 1868 (quienes serían adquiridos por el Estado mediante el pago de 125 pesetas a sus dueños), los mayores de 60 años (sin indemnización) y los esclavos del Estado, además de los que estuviesen bajo su protección en calidad de emancipados. Junto a ellos, se declaraban libres los que hubiesen servido bajo la bandera española o auxiliado

⁽¹⁸⁴⁾ El texto de la ley, en D.S. 23-6-1870, apéndice n. 2. Su aprobación definitiva, en p. 9092.

⁽¹⁸⁵⁾ D.S. 20-6-1870, pp. 8981 ss., al discutir una enmienda presentada una semana antes por él mismo, Gabriel Rodríguez, Padial, Baldorioty y otros, para que el Gobierno se comprometiera a presentar el proyecto de emancipación inmediata al abrirse la próxima legislatura, de modo que el 1 de enero de 1872 no quedara ningún esclavo en territorio nacional. Fue desechada por 78 votos en contra y 48 a favor. Entre los contrarios, Prim, Sagasta, Nicolás M^a Rivero, Laureano Figuerola, Moret, Romero Robledo, Ruiz Zorrilla, Madoz, Topete, Manuel Becerra y Silvela. Ya en la sesión del 13 de noviembre de 1869 el puertorriqueño Padial había pedido también la inmediata abolición de la esclavitud, simultánea e indemnizada (D.S. 13-XI-1869, p. 4221).

⁽¹⁸⁶⁾ D.S. 28-5-2870, p. 8413 y apéndice n. 1. En D.S. 4-6-1870, apéndice n^o 2, el dictamen de la comisión.

a sus tropas durante la insurrección cubana, los libertos que fuesen víctimas del delito de sevicias y los que no apareciesen inscritos en el censo de Puerto Rico confeccionado el 31 de diciembre de 1869. En un período de transición hasta la libertad definitiva, los menores de edad quedaban sometidos a un régimen de patronato por parte de los dueños de sus madres, con obligación del patrono de atender a sus necesidades y garantizar su enseñanza y el aprendizaje de un oficio, pudiendo servirse a cambio de su trabajo, sin retribución, hasta los 18 años; desde entonces hasta los 22 debían recibir la mitad del jornal de un trabajador libre; a esa edad, o también por matrimonio, cesaba el patronato. Los mayores de 60 años podían optar por quedarse con sus amos, que en su caso se convertían en sus patronos, obligados a garantizar su asistencia, con o sin retribución por su trabajo. En la ley se prometía asimismo reintegrar a África a quienes lo desearan, y se prohibía el castigo de azotes y la separación de los matrimonios, así como la de los hijos menores de 14 años respecto a sus madres ⁽¹⁸⁷⁾.

Muy combatida por los sectores abolicionistas, la ley tardó mucho tiempo en ser aplicada, y antes y después de su promulgación los dueños de esclavos recurrieron a todo tipo de triquiñuelas para burlar sus disposiciones, mientras la Sociedad Abolicionista denunciaba su fracaso antes de ser puesta en práctica. El 18 de agosto de 1872 se aprobó su reglamento, y el 2 de octubre de ese año el gobernador de Puerto Rico pudo firmar por fin el ‘Cúmplase’ de la ley ⁽¹⁸⁸⁾. Pero aún habría de resultar muy problemática su aplicación, entre otras cosas por el entorpecimiento de los gobernadores en uso del poder y la autonomía de que gozaban ⁽¹⁸⁹⁾.

Contentó a muy pocos. Los abolicionistas veían en la ley una maniobra tendente a evitar la abolición inmediata y definitiva, y criticaban de la misma aspectos tales como la liberación de los esclavos mayores justo en el momento de su vida en que más

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., pp. 306 ss., y, en 324 ss., la tramitación parlamentaria del proyecto; NAVARRO AZCUE, *La abolición de la esclavitud*, cit., pp. 37 ss., 63 ss. — opinión de la prensa sobre ella — y 83 ss. — aplicación —.

⁽¹⁸⁸⁾ DÍAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., p. 312-323. Fue precisamente la reagrupación de los abolicionistas en el Partido Liberal Reformista, a finales de 1870, lo que marcó en Puerto Rico el inicio de los partidos políticos.

⁽¹⁸⁹⁾ NAVARRO AZCUE, *La abolición de la esclavitud*, cit., p. 227.

cuidados necesitaban, o la sumisión a patronato de los menores de 22 años ⁽¹⁹⁰⁾. La insatisfacción ante ella y las peticiones de abolición definitiva que no paraban de llegar a las Cortes procedentes de ayuntamientos, diputaciones, centros y organismos varios de todas partes de la península llevaron al ministro de Ultramar Tomás M^a Mosquera a presentar el 24 de diciembre de 1872 un proyecto de ley sobre abolición inmediata de la esclavitud en Puerto Rico, cuyo fundamento se hacía descansar en el cumplimiento por parte del Gobierno de « la más sagrada de sus promesas y el más humanitario de sus deberes » ⁽¹⁹¹⁾. Para atender a los intereses de los dueños y suavizar sus consecuencias en el orden económico y político, se disponía el pago de una indemnización, al tiempo que se obligaba a los libertos a celebrar contratos de trabajo durante los tres años siguientes (con sus antiguos amos u otras personas), disponiéndose también que hasta cinco años después no alcanzarían el pleno goce de los derechos políticos. La comisión encargada de su dictamen, presidida por Francisco Salmerón, puso empeño en destacar que para ella lo primero y esencial era la libertad, que estimaba cuestión de justicia, y lo secundario la indemnización, cuestión de equidad ⁽¹⁹²⁾. Luego, después de que el 10 de febrero de 1873 se fundieran el Congreso y el Senado en la cámara única de la Asamblea Nacional que proclamó la I República en España, iba a ser obra de aquella su entusiasta aprobación unánime ⁽¹⁹³⁾.

En Puerto Rico se recibió con grandes manifestaciones de júbilo. En la capital se celebró un *Te Deum* solemne en la catedral y se ordenó la iluminación pública de las fachadas de las casas.

⁽¹⁹⁰⁾ Ivi, p. 52.

⁽¹⁹¹⁾ D.S. 24-12-1872, p. 2551, y texto en apéndice y en C.L., T. CX, pp. 523-524. Empezaba así: « A las Cortes. En nombre de Dios y en respeto de la razón, de la moral, de la justicia, de la conveniencia pública y de la dignidad nacional [...] ». Se calificaba de « monstruosidad » la esclavitud y, respecto a Cuba, se decía que quizá allí la forma necesaria en su día sería la abolición gradual.

⁽¹⁹²⁾ D.S. 28-1-1873, apéndice 2. Estaba también Rafael M^a de Labra entre sus miembros.

⁽¹⁹³⁾ El 17 de febrero se discutió la totalidad del proyecto, con Salmerón como nuevo ministro de Ultramar y un duro discurso del conservador Álvarez Bugallal en contra, llamando despectivamente « filántropos » a los abolicionistas inmediatos, que se dejaban llevar de los sentimientos irreflexivamente, y defendiendo la ley de 1870 (D.S. 17-2-1873, pp. 90 ss.).

Muchas de las habitadas por conservadores permanecieron a oscuras, pero no fueron pocos los hacendados que celebraron bailes en las suyas. En Ponce, donde vivía Román Baldorioty de Castro (que en esa legislatura no había conseguido escaño), el pueblo se aglomeró ante su casa para vitorearle. La libertad se recibió bien, sin las conmociones que habían augurado sus enemigos, y su impacto en la producción fue escaso, si bien se notó algo más en 1876, al cesar las contratas obligatorias. Las negras predicciones de los esclavistas no se cumplieron; ni los liberados se dieron a la vagancia (todos se apresuraron a celebrar contratos de trabajo), ni se levantaron contra los blancos, ni tampoco atacaron a sus antiguos amos, antes al contrario, no faltaron quienes incluso llegaron a socorrerlos luego en su enfermedad o miseria con sus propios salarios. Como un triunfo de la República, que había logrado romper las cadenas de la esclavitud, fue recordada después por el nuevo gobernador capitán general de la isla, Rafael Primo de Rivera, quien puso pie en ella el 14 de abril de 1873 con un inusual llamamiento a sus habitantes invitándoles al goce de sus derechos ⁽¹⁹⁴⁾.

Pese a todo, no dejaron de señalarse sus limitaciones y contradicciones. La obligación de los libertos de celebrar contratos de trabajo por espacio de tres años, sin posibilidad de rescindirlos (como preveía el reglamento), adulteraba el alcance de la libertad. Y, por otra parte, el aplazamiento de los derechos políticos de los libertos durante cinco años chocó luego con la promulgación en Puerto Rico del título I de la Constitución de 1869, que garantizaba los derechos políticos y civiles de los españoles de la isla. La Sociedad Abolicionista llamó la atención sobre esos puntos, pero sus protestas no tuvieron el menor éxito ⁽¹⁹⁵⁾. Postrer resabio de la esclavitud sería aún la inclusión entre las agravantes contempladas en el Código Penal de 1870, al ser llevado a Puerto Rico en 1879, de la condición negra del agresor contra víctima blanca ⁽¹⁹⁶⁾.

3.3. *Formando cultura colonial.*

Herencia del Sexenio será también la obra de Joaquín Maldo-

⁽¹⁹⁴⁾ DIAZ SOLER, *Historia de la esclavitud*, cit., pp. 347 ss.

⁽¹⁹⁵⁾ LAGUNA OCHOA, *Las ideas hispanoamericanistas*, cit., pp. 126-127.

⁽¹⁹⁶⁾ LALINDE, *La administración española*, cit., p. 61.

nado Macanaz, *Principios generales del arte de la colonización*, impresa por primera vez en 1873 y reeditada en 1875 ⁽¹⁹⁷⁾. Fruto inmediato de una iniciativa de Moret, quien en su etapa de ministro de Ultramar impulsó un decreto de la Regencia — fecha 2 de octubre de 1870 — por el cual se establecían en la Universidad Central las enseñanzas necesarias a la preparación de los futuros funcionarios del Cuerpo de Administración civil de las islas Filipinas, es en ese contexto donde hay que situarla ⁽¹⁹⁸⁾. Se trataba de formar funcionarios útiles y entendidos para las colonias, imitando en eso a potencias como Holanda e Inglaterra, con sus célebres colegios de Delft y Haylebury. Pero, aparte de ese objeto específico, como manual de apoyo a la enseñanza, su autor confiaba en que el libro sirviera también para cumplir una función divulgadora entre un público más amplio, poco familiarizado, como lo era el español, con las cuestiones coloniales, ayudando así a formar juicios propios, lejos de la confusión y la crispación, en momentos en que tantas cuestiones había planteadas y tan pocas resueltas acerca de la organización y el régimen económico y político de las posesiones españolas de América y Asia. Había poca cultura colonial en España. En su libro cualquier interesado podía alcanzar una ilustración básica sobre sistemas coloniales y poner rótulo al correspondiente a España, así como valorar las ventajas e inconvenientes de todos ellos. Seguía a tal propósito la obra del profesor de Oxford Herman Merivale, *Colonization and colonies* (que recogía sus lecciones de los años 1839, 1840 y 1841, actualizadas en la segunda edición de 1861), lo cual le había servido, decía, « para evitar el escollo de la polémica

⁽¹⁹⁷⁾ Es esa segunda edición la que manejo, Madrid, M. Tello, 1875. En ella su autor advertía que no había podido ampliar el libro, como había sido su deseo, pero que, en cualquier caso, las circunstancias que lo hacían útil en 1873 no habían variado, y de ahí el interés de la simple reimpresión. Con anterioridad a esta segunda, hubo también otra en París, premiada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas.

⁽¹⁹⁸⁾ C.L., T. CV, pp. 18 ss., tras la creación, por decreto de 16-8-1870, del Cuerpo de Administración civil de Filipinas (Ivi, pp. 5 ss.). Parte de esas enseñanzas eran las de « historia y civilización de las posesiones inglesas y holandesas del Asia y Oceanía; costumbres, usos, religión, literatura, instituciones políticas, religiosas, etc, de sus pueblos indígenas; instituciones europeas bajo todos sus aspectos, y exámen crítico de las mismas », y de ellas, previa oposición, fue nombrado catedrático Maldonado el 3 de mayo de 1871. Todo eso lo recordaba él mismo en el Prólogo a la primera edición.

política y de las consideraciones de actualidad, manteniéndome en la esfera elevada y pura de la doctrina » (199).

De acuerdo con lo que luego exponía en el libro, el gobierno de los territorios ultramarinos españoles (igual que el de los franceses) se inscribiría dentro de lo que Maldonado denominaba un « sistema administrativo » (200). En el mismo, la autoridad del Gobierno metropolitano no estaba limitada más que por algunos consejos o corporaciones de carácter consultivo, o bien por la intervención de funcionarios judiciales (de lo que ponía como ejemplo el viejo Real Acuerdo de las leyes españolas de Indias); no existían corporaciones con carácter meramente político ni instituciones propias del gobierno representativo, y la unión entre la metrópoli y la colonia se fundaba principalmente en el vínculo moral de la comunidad de origen e historia, mutua simpatía y solidaridad de intereses. Sin presencia propia en el parlamento metropolitano, se entendía que todos y cada uno de los miembros de éste ostentaban la « representación virtual » de los habitantes de las colonias, como había sido el caso de España desde 1837 hasta 1869 (201). Propio de un sistema de estas características era el peligro de arbitrariedad por parte del Gobierno metropolitano y de las autoridades coloniales, y la apatía o negligencia de estas.

Frente a él, el otro método adoptado históricamente por las metrópolis para el gobierno de sus colonias, el llamado « sistema liberal », resultaba de la adaptación en estas de esquemas propios de los gobiernos representativos europeos. De acuerdo con ese planteamiento, la colonia gozaba de la facultad de votar sus impuestos, libertad municipal y dirección de sus asuntos domésticos, y el vínculo jurídico con la metrópoli era muy débil, fundándose sobre todo la unión entre ambas en el lazo moral de la comunidad de origen e intereses. En las colonias de Inglaterra (que constituían la mayor parte de las regidas por este sistema), los vínculos se fortalecían gracias a la corriente de emigración libre de la misma raza e idioma, lo cual contribuía poderosamente a neutralizar las tendencias separatistas. Para los ingleses, enseñaba Maldonado, el gobierno

(199) También en ese Prólogo, todas las explicaciones.

(200) En pp. 216 ss. la descripción de los sistemas coloniales.

(201) *Ivi*, p. 248.

representativo era « como una planta indígena », que tenían particular aptitud para aclimatar en los países donde se establecían ⁽²⁰²⁾. Dentro de este sistema liberal, desde mediados del siglo XIX había surgido una modalidad, hasta el momento peculiar y privativa de las colonias británicas, que convertía a los gobiernos representativos en gobiernos responsables, de modo que la opinión pública por medio de las cámaras era quien de hecho nombraba y separaba también en ellas a sus ministros. El Consejo ejecutivo, del que formaban parte los ministros, era amovible a voluntad de las cámaras, y, como consecuencia de esa responsabilidad, todos los cargos públicos que antes nombraba la metrópoli o su delegado en la colonia habían pasado a manos de aquellos. Un gobierno de estas características era el que en 1846 Inglaterra había concedido a Canadá, y entre 1847 y 1852 a las otras colonias inglesas de América del Norte, seguidas más tarde por las de Australia, habiendo demostrado la experiencia que eso no había debilitado en ellas el sentimiento de nacionalidad, si bien, advertía nuestro autor, esas colonias disfrutaban ya desde hacía tiempo de un gobierno representativo. Pese a esas concesiones, las funciones del gobernador seguían siendo importantes en esas colonias, convertido en una especie de monarca constitucional y único vínculo político con la metrópoli.

En opinión de Maldonado, tal sistema excluía la representación de las colonias en el parlamento metropolitano, mientras, por el contrario, en aquellas naciones que, como Francia o España, conservaban más o menos modificado el sistema administrativo, los representantes de ultramar debían formar parte de la asamblea nacional, no manteniéndose el principio de la representación virtual más que para las « provincias exteriores » pobladas por razas distintas a la europea y « semicivilizadas », en las que los colonos procedentes de la madre patria constituyeran una pequeña minoría.

La mayor aproximación de nuestra política a la de Francia se hacía también para él evidente en relación con la organización incompleta de la administración colonial española en la metrópoli, así como en la inestabilidad de las instituciones, contrastando en eso con Holanda, que había sabido imitar mejor a Inglaterra ⁽²⁰³⁾.

⁽²⁰²⁾ Ivi, p. 13.

⁽²⁰³⁾ Ivi, p. 251.

Como recapitulación final, y separándose de quienes, como el abate de Pradt, sostenían que el destino último de toda colonia era siempre la emancipación, reflexionaba este autor acerca de las diversas combinaciones dentro de las cuales, entre los dos polos opuestos de la total anexión de las colonias a la metrópoli o su separación de ella, resultaba factible el progreso de aquellas sin perjuicio de los vínculos con la patria ⁽²⁰⁴⁾. Las reducía a tres: autonomía, explotación y asimilación. Descartada la segunda como contraria a la idea de justicia y no aplicable a colonias propiamente dichas sino a posesiones ultramarinas no fundadas en la emigración y pobladas por razas distintas a la europea, centraba su análisis en las otras dos.

La autonomía, generalmente mal interpretada, no significaba a su juicio separación ni independencia, como se había visto con el ejemplo de muchas colonias inglesas. La pasión política provocaba que sin razón se confundieran ambas cosas cuando, aparte del vínculo moral, la autonomía dejaba subsistentes vínculos legales aún muy poderosos. Ciertamente, suponía la independencia administrativa de la colonia y una gran descentralización política, y ciertamente, también, para el régimen autonómico se requerían condiciones muy especiales, comenzando por una gran aptitud para el *self-government* de la que, en general, estimaba que carecían los pueblos de raza latina. Como preparación a la independencia, en su concepto el régimen autonómico no convenía más que a aquellas grandes colonias ya familiarizadas con las libertades municipales y provinciales, que se encontrasen en aptitud para gobernarse y defenderse por sí mismas. E incluso en ese caso, no podrían ser las colonias las que decidiesen el momento de la separación, pues los vínculos e intereses creados con su unión a la metrópoli no podían quedar a merced de una sola de las partes.

Encontraba muchas ventajas en la asimilación, empezando por el hecho de convenir a todo tipo de colonias, incluso a las pobladas por razas distintas a la dominadora. En virtud de ella se llamaba a la colonia a la vida nacional y común, se propagaba la cultura cristiana y se preparaba la absorción de aquella por la metrópoli, utilizando como instrumentos el idioma, la religión, la comunidad de intereses y costumbres y la similitud de instituciones. Tenía también un

⁽²⁰⁴⁾ En la *Conclusión*, pp. 257 ss.

peligro, que era la identidad, « es decir, el error de trasladar á la colonia sin modificación alguna, y sin tener en cuenta los climas, las razas y las costumbres, todas y cada una de las instituciones metropolitanas ». Por eso en ella era muy importante el procedimiento y la concesión gradual de las libertades políticas a los colonos, comenzando por el derecho de petición y concluyendo con la intervención directa en los asuntos de la madre patria, a medida que sus habitantes fuesen igualándose en condiciones con los de la metrópoli. Como medios empleados por el sistema de asimilación para atraer poco a poco la colonia a la vida nacional sin perjuicio de su desenvolvimiento interior, Maldonado mencionaba la unión política, la descentralización administrativa y la asimilación progresiva. La unión política significaba la obediencia de colonia y metrópoli a una misma autoridad soberana, el mantenimiento de una administración ultramarina en la metrópoli (fuese un ministerio como en Inglaterra, Holanda y España o una dirección como en Francia), y una representación de las colonias en aquella, bien por medio de mandatarios especiales (como los del Consejo de Filipinas), bien por representantes en el parlamento nacional, como era en esos momentos el caso de Puerto Rico. Por su parte, la descentralización administrativa se fundaba en la diversidad establecida por el clima, las razas, costumbres y distancia con la metrópoli, que impedían aplicar a la colonia la legislación y procedimientos administrativos de aquella sin profundas modificaciones (se gobierna de lejos pero se administra de cerca, decía la máxima), siendo causa la centralización, en el caso de ultramar, de problemas tales como que los negocios se retrasasen, que las partes interesadas difícilmente pudieran ser oídas, que se careciera de información para resolver con acierto o que las resoluciones a veces no llegasen a tiempo. Y, en fin, la asimilación progresiva la encontraba nuestro autor conveniente a toda colonia, fuese a la anexión o a la autonomía; además de medio para la propagación del idioma, religión e instrucción pública, en el orden económico significaba la supresión de los monopolios establecidos, la declaración del comercio de cabotaje entre la colonia y la metrópoli, la unión aduanera y las franquicias mercantiles.

Aunque, y con eso concluía, cualquier sistema para atraer a la vida común nacional a la colonia sería inútil en el supuesto de degeneración de la madre patria.

4. *Asimilación, especialidad y autonomía (1878-1898).*

Cádiz volverá a estar presente en la evocación del heroísmo de sus hombres frente al acoso francés con la que intentaron sacar fuerzas de flaqueza otros resistentes: aquellos que en La Habana, bajo el fuego de los cañones estadounidenses, se empeñaron en sacar adelante el régimen de autonomía para Cuba que, por fin, un gobierno liberal presidido por Sagasta se había decidido a conceder. Con el cierre del paréntesis representado por el Sexenio y la vuelta a la política de las leyes especiales en la España de la Restauración, a pocos había interesado traer a colación el ejemplo gaditano. El enlace lo fue entonces con 1837 y el trato diferente a los territorios ultramarinos consumado en esa fecha, y para el resto de la historia colonial de Cuba y Puerto Rico el mandato constitucional será el siguiente: « Las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales, pero el Gobierno queda autorizado para aplicar á las mismas, con las modificaciones que juzgue conveniente y dando cuenta á las Córtes, las leyes promulgadas ó que se promulguen para la Península Cuba y Puerto-Rico serán representadas en las Córtes del reino en la forma que determine una ley especial, que podrá ser diversa para cada una de las dos provincias »⁽²⁰⁵⁾. Fiel expresión del « espíritu ecléctico, posibilista y cautelosísimo » de la Constitución de Cánovas, como definió Valiente el precepto⁽²⁰⁶⁾, su enunciado (en línea con lo que ya en 1860 había sugerido el general Serrano en su *Proyecto de Ley Orgánica de la Isla de Cuba* visto páginas atrás) permitía abrigar todo un amplio abanico de soluciones. Salvo en tema de representación, no había ya en él compromisos constitucionales a los que tuvieran que someterse las acciones políticas. Y aunque a la mayoría continuó llenándoseles la boca con la palabra asimilación, lo que caracterizó en lo sucesivo la política colonial española para Cuba y Puerto Rico fue el sistemático regateo a sus habitantes de los derechos, que fueron llegando por goteo, tarde y mal, a aquellas otras ‘provincias españolas’, como tantos seguían empeñados en denominar, disfrazando con un lenguaje común una

⁽²⁰⁵⁾ Constitución de 1876, art. 89, correspondiente a su último título, el XIII, “De las provincias de Ultramar”.

⁽²⁰⁶⁾ *Estudio histórico*, cit., p. 32.

realidad de exclusión, a unos territorios para los que ningún gobierno parecía encontrar la fórmula adecuada de incardinación en la España liberal.

Entre una asimilación obligatoriamente matizada por una especialidad que los conservadores entendieron en términos de fortalecimiento del control gubernativo y los liberales en propuestas crecientemente descentralizadoras, transcurrió la historia de las Antillas hasta la concesión a ambas de la autonomía política a finales de 1897. Fueron años de tanteos por parte de liberales y conservadores en la búsqueda de la conveniente dosificación para las proporciones de una y otra, asimilación y especialidad, dentro de la fórmula que, como sabia combinación de ambas, en cada momento los diferentes gobernantes de Madrid consideraron la más adecuada para el gobierno y la administración de Cuba y Puerto Rico. No hubo ya en la metrópoli sacudidas como la Revolución de Septiembre, y ni siquiera el levantamiento cubano de 1895 forzó inicialmente el examen de conciencia. Todo el problema parecía residir en una cuestión de dosis, y en el logro de la adecuada se puso la solución.

4.1. *Principios y partidos políticos.*

Algo del Sexenio se mantuvo, sin embargo: la representación en Cortes; en la elaboración de las leyes especiales para las Antillas, ya necesariamente intervendrían sus propios representantes. Finalizada la Guerra de los Diez Años, los de Cuba se incorporaron en 1879. Pero ocurrió que no hubo demasiadas leyes en el sentido estricto de la palabra. La mayor parte de las decisiones que diseñaron el régimen propio de las Antillas en la España de la Restauración fueron obra de los diferentes gobiernos, los cuales se erigieron en los auténticos protagonistas de la política colonial española hasta el 98, bien al amparo de esa autorización del artículo 89, bien logrando la exención de responsabilidad y revalidación posterior de sus medidas por parte de las Cortes cuando las mismas versaron sobre la forma de gobierno de Cuba y Puerto Rico sin la referencia inmediata de una ley peninsular que allí se fuera a trasplantar ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. sobre la política de legislar por decreto en temas de ultramar pese al mandato de *leyes especiales*, ALVARADO PLANAS, *Constitucionalismo y codificación*, cit., pp.

Fruto igualmente del período anterior había sido la emergencia de los partidos políticos antillanos, convertidos en elementos de peso en la España de la Restauración mediante los que se canalizó la opinión y la participación política en ambas islas.

En Puerto Rico el 'Grito de Lares' había significado el punto de partida para la organización de los primeros. El Partido Liberal Reformista se configuró definitivamente a fines de 1870, durante el gobierno del general Baldrich, con la pretensión de recabar para Puerto Rico las mismas libertades que se disfrutaban en la península y de lograr la extensión del Título I de la Constitución de 1869, así como la abolición inmediata y simultánea de la esclavitud, la descentralización administrativa (con ampliación de la vida municipal y las facultades de la Diputación) y el régimen de cabotaje para el comercio transatlántico, además de la supresión de las facultades omnímodas del capitán general. Organizado como amplio frente político criollo, lo formaban profesionales, agricultores, ganaderos, comerciantes nativos y la mayor parte de las clases media y baja. Sus órganos de expresión fueron *El Progreso*, en San Juan, y *La Razón*, en Ponce. Desde 1879, momento en que fueron admitidos en las Cortes los diputados cubanos, sus acciones fueron fundamentalmente dos: el ataque al sistema asimilista que pretendía mantener la situación bajo un aire reformista, y la autonomía. Como reacción, los conservadores se organizaron el 23 de mayo de 1871 en el Partido Liberal Conservador, que a los pocos meses cambió su nombre por el de Partido Incondicional y en 1880 se llamó Partido Español sin Condiciones. Lo integraban autoridades políticas, militares y eclesiásticas (con gran influencia de los jesuitas) e importantes personalidades de la economía de la isla, partidarios todos del mantenimiento del *statu quo* y defensores de un programa resistente a las reformas, que equiparaba la autonomía a la independencia y alertaba contra los peligros de caer en manos de Estados Unidos que inevitablemente supondría. Liderado en sus inicios por el marqués de la Esperanza y luego por Pablo Ubarri, convirtió el *Boletín*

66 ss., destacando cómo la docilidad de las Cortes del período a los gobiernos de turno y el tácito acuerdo entre las principales fuerzas políticas explican la ausencia de protesta ante tal situación.

mercantil de Puerto Rico (fundado en 1843) en su órgano de expresión.

Años después se escindió el liberalismo de la isla, al ver la luz en la asamblea de Ponce de 10 de marzo de 1887 el Partido Autonomista Puertorriqueño, afín a la línea programática fijada por Labra para el autonomismo cubano en 1881 y unido a su partido, mientras la otra rama, liderada por Román Baldorioty de Castro y menos numerosa (con el periódico *La Crónica* como principal órgano propagandístico), se inclinó por una mayor autonomía política, en línea con la de Canadá, coincidiendo ambos, sin embargo, en la aceptación de la asimilación como etapa preparatoria previa ⁽²⁰⁸⁾. Miembro destacado del primero era Vizcarrondo, que en 1880 había fundado en Madrid con Labra la Sociedad Nacional Democrática, con el objeto de gestionar reformas para las Antillas hasta llegar a la autonomía y el propósito de conservarlas para España por medio de la justicia y la libertad, procurando también la mayor afinidad de intereses y sentimientos entre la península y las provincias ultramarinas. « Hacia la autonomía por la asimilación » y « el máximum de libertad dentro de la nacionalidad española » eran los lemas con los que Vizcarrondo resumía los fines de la Sociedad ⁽²⁰⁹⁾. Muy debilitado el autonomismo a mediados de la década de los 90, en enero de 1897 el Partido Autonomista Puertorriqueño se incorporó al Partido

⁽²⁰⁸⁾ BURGOS-MALAVE, *Génesis y praxis*, cit., pp. 8-55; GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., pp. 154 ss., 168 ss. y 183 ss.; LAGUNA OCHOA, *Las ideas hispanoamericanistas*, cit., pp. 35, 343 y, en apéndice n. 11 (tomado de R.M^a de LABRA, *La Autonomía Colonial en España*, Madrid, 1892, pp. 251-255), el programa del Partido Autonomista como “Constitución orgánica proclamada en la asamblea de Ponce de 10 de marzo de 1887”, en cuyo artículo 2 se establecía que este partido « tratará de obtener la identidad política y jurídica con nuestros hermanos peninsulares y el principio fundamental de su política será alcanzar la mayor descentralización posible dentro de la unidad nacional », y en el 3 que la fórmula clara y concreta de ese principio era el régimen autonómico, mientras en el título II se declaraba que eran « uno mismo en su esencia o principios fundamentales » los programas de los partidos autonomistas de Cuba y Puerto Rico, y, entre las reglas transitorias, que Labra sería su guía y principal vocero en la metrópoli, al haber aceptado unánimemente el partido su programa autonómico; CUBANO IGUINA, *Política colonial y autonomismo en Puerto Rico, 1888-1897, renovación y conflicto en el Partido Autonomista Puertorriqueño*, en FUSI y NIÑO, *Visperas del 98*, cit., pp. 163-171, esp. p. 164.

⁽²⁰⁹⁾ LALINDE, *La administración española*, cit., p. 86; GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., pp. 184-185.

Liberal Fusionista español presidido por Sagasta, cambiando su nombre por el de Partido Liberal Fusionista Puertorriqueño, dirigido por Muñoz Rivera. A su vez, la otra rama del autonomismo se organizó en un nuevo Partido Autonomista Histórico Puro u Ortodoxo, que buscó la asociación con algún partido republicano español ⁽²¹⁰⁾.

En el juego electoral, al tiempo que las tendencias políticas se fueron polarizando (los liberales cada vez más inclinados a la autonomía y los incondicionales cerrados a toda reforma), triunfaban los conservadores. En las primeras elecciones de la Restauración, las de 1876, no concurrieron los liberales, y en las posteriores las diferencias a favor de los primeros resultaron abrumadoras, como ocurrió en 1881, cuando lograron 14 de los 15 diputados que entonces correspondían a Puerto Rico (siendo Rafael M^a de Labra el único liberal), o en 1884, 12 frente a 3. Eran los incondicionales los que ejercían la mayor influencia en la política de la isla.

La guerra retrasó en Cuba la formación de los partidos políticos, y hasta después del Zanjón no se constituyeron como tales las dos grandes fuerzas de la isla, de signo también liberal y conservador, si bien en su caso ambas procedentes del reformismo cubano de la década de los sesenta. Desde un principio uno y otro se definieron como partidos localistas, con identidad propia y un programa centrado exclusivamente en los problemas de Cuba, de modo que, pese al signo ideológico que los marcaba, nunca fueron una reproducción de los peninsulares ⁽²¹¹⁾. En sus inicios no los separaron grandes diferencias ideológicas, los dos se decían partidarios de la asimilación, pero la evolución de los primeros hacia el autonomismo fue aumentando las distancias.

El Partido Liberal aspiraba a conseguir la mayor descentralización posible dentro del principio de unidad nacional, y defendía como reivindicaciones principales la extensión íntegra a Cuba de la legislación española en materia de libertades y régimen provincial, municipal y electoral; la equiparación de peninsulares y cubanos en

⁽²¹⁰⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., pp. 181, 189 y 204.

⁽²¹¹⁾ Característica que algunos políticos peninsulares les reprochaban, como fue el caso del ministro de Ultramar José Elduayen, quien acusaba a los diputados antillanos de no ser representantes de la Nación española sino de una provincia, como los antiguos procuradores de Cortes: ROLDÁN DE MONTAUD, *La Unión Constitucional*, cit., p. 267.

el desempeño de cargos públicos; la separación de los poderes civil y militar; la reforma de la política arancelaria y la firma de un tratado comercial más ventajoso con los Estados Unidos, que incluyera la reciprocidad fiscal. En tema de esclavitud estaba por la emancipación indemnizada. Rafael Montoro y José M^a Gálvez eran sus líderes más destacados en la isla, mientras en la península Rafael M^a de Labra actuaba como su portavoz. Desde su constitución definitiva, el 8 de agosto de 1878, Gálvez presidió su Junta Central, integrada por una mayoría de hacendados medios (con la destacada excepción de Emilio Terry, propietario del mayor ingenio de la isla) y conocidos profesionales de la abogacía, la medicina y el periodismo. Su órgano de prensa era *El Triunfo*, que en 1885 pasó a denominarse *El País*, y a partir del 31 de diciembre de 1898, *Nuevo País*. En 1881 el partido cambió su nombre por el de Partido Liberal Autonomista, al fijar como su meta política el logro de la autonomía para Cuba y hacer del « gobierno del país por el país » su lema. Con el título *Nuestra doctrina*, la Junta Central del partido, reunida en La Habana el 22 de mayo de ese año, aprobó un programa político elaborado por Rafael M^a de Labra, que se abría con la afirmación de la « identidad de derechos civiles y políticos para los españoles de uno y otro hemisferio » y tenía en la vigencia plena de la Constitución española en Cuba y la autonomía colonial sus más significativos puntos. Para articular esta última, el programa incluía el diseño de una nueva planta institucional en la isla, organizada en torno a una Diputación insular (encargada de aprobar los presupuestos de la colonia y de atender de manera directa los asuntos locales administrativos) y un gobernador general representante de la Corona en el territorio insular, con derecho a vetar los actos de la Diputación, pudiendo ésta, a su vez, apelar a las Cortes. Servía de referencia la política colonial inglesa, y, más en concreto, el modelo canadiense ⁽²¹²⁾. En política de inmigración, los autonomistas defendían

⁽²¹²⁾ Desde valoraciones muy diferentes sobre este partido, Cf. M. DE LA TORRE MOLINA, *El autonomismo en Cuba (1878-1898)*, La Habana, Ciencias Sociales, 1997, pp. 35 ss., 157 ss., 173 ss. y 205 ss. (calificándolo de integrista y antipatriótico y considerándolo como el adversario más peligroso para la lucha emancipadora), y BIZCARRONDO y ELORZA, *Cuba/España*, cit., pp. 69, 87 y 92 ss.

la afluencia permanente de familias blancas que se integraran en la sociedad ⁽²¹³⁾.

Por su parte, el Partido Conservador lo componían los miembros de la oligarquía de la isla, los españoles incondicionales (latifundistas, comerciantes, especuladores...) en cuyas manos se encontraba también la corrompida Administración. Era un partido autoritario que defendía el principio asimilista sobre patrones centralistas y propugnaba la unión del mando civil y militar en una misma persona y la restricción del sufragio en Cuba. Fundado el 16 de agosto de 1878, comenzó llamándose Partido Conservador pero desde noviembre de 1879 su nombre fue Partido de Unión Constitucional, aunque muchos también lo conocían como Partido Español. Lo presidía el conde de Casa Moré. Apoyado por el *Diario de la Marina*, a partir de 1888 tuvo su propio órgano de expresión, *La Unión Constitucional*. Su cuartel general era el Casino de La Habana, y los Cuerpos de Voluntarios su brazo armado ⁽²¹⁴⁾. Por su base económica y el peso de los grandes latifundistas, alentaba la importación de braceros temporales de cualquier nacionalidad o color como mano de obra barata para sustituir a los esclavos ⁽²¹⁵⁾. En el juego político resultó muy beneficiado por la Ley Electoral de 28 de diciembre de 1878 que, con un evidente propósito por parte de Cánovas de favorecer el voto españolista, en las « disposiciones especiales » para su aplicación en Cuba y Puerto Rico elevaba la cuota de contribución a 125 pesetas año por subsidio territorial, industrial o de comercio (mientras que en la península sólo se exigían 25 por el territorial o 50 por los otros), lo que, amén de dejar restringido el derecho a voto a un 2'6% de la población, favorecía abiertamente a las clases mercantiles e industriales, las más conservadoras y en su mayor parte integradas por peninsulares, dejando fuera a los medianos y pequeños hacendados rurales, afines al programa de los liberales ⁽²¹⁶⁾. A principios de la década de los 90,

⁽²¹³⁾ NARANJO OROVIO y GARCÍA GONZÁLEZ, *Racismo e inmigración*, cit., p. 178.

⁽²¹⁴⁾ ROLDÁN DE MONTAUD, *La Unión Constitucional*, cit., pp. 160 ss. y 264 ss.; L. NAVARRO GARCÍA, *La independencia e Cuba*, Madrid, Mapfre, 1991, pp. 321 ss.; BIZCARRONDO y ELORZA, *Cuba/España*, cit., pp. 70 ss.

⁽²¹⁵⁾ NARANJO OROVIO y GARCÍA GONZÁLEZ, *Racismo e inmigración*, cit., p. 178.

⁽²¹⁶⁾ ROLDÁN DE MONTAUD, *La Unión Constitucional*, cit., pp. 190 ss.; J. RUBIO, *La cuestión de Cuba y las relaciones con los Estados Unidos durante el reinado de Alfonso XII*.

y reproduciendo en cierto modo el conflicto de los reformistas criollos treinta años atrás, el grupo peninsular oligárquico se dividió y surgió un nuevo partido en el seno de la Unión Constitucional, el llamado Partido Reformista, alineado con la política norteamericana, en torno al cual se agruparon los intereses ligados al azúcar. Enfrentado a su matriz, el Partido Reformista prestó un decidido apoyo al proyecto de Maura en 1893, año en que, el 30 de octubre, se constituyó definitivamente como partido de transacción. Lo nutría fundamentalmente la burguesía peninsular industrial, mercantil y financiera, y estaba dirigido por un amigo y colaborador de Maura, el armador Ramón Herrera ⁽²¹⁷⁾.

Al margen de la legalidad, el Partido Revolucionario Cubano, fundado por José Martí el 5 de enero de 1892 en Cayo Hueso (Florida), se planteaba como meta la independencia de la isla y el establecimiento de una república democrática en ella, con el apoyo de los emigrados fuera y la extensión de la revolución dentro como instrumentos, condenando el autonomismo por considerarlo un obstáculo al avance revolucionario ⁽²¹⁸⁾. Algunos autonomistas puertorriqueños se unieron luego a él ⁽²¹⁹⁾.

En cuanto a los partidos políticos peninsulares en la España bipartidista de la Restauración, la tendencia y proclama de liberales y conservadores fue, hasta finales de 1897, la asimilación. Bajo ese principio presentaron todos los gobiernos su política para las Antillas a la hora de dar cumplimiento al precepto constitucional que guió el resto de la historia colonial española en el Caribe: el artículo 89 de la Constitución de 1876 ⁽²²⁰⁾. Reproducía, recuérdese, la vieja

Los orígenes del "desastre" de 1898, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1995, pp. 264 ss. La Ley Electoral, publicada en la *Gaceta de Madrid* del 30 de diciembre. La predicción se confirmó en las primeras elecciones, celebradas el 20 de abril de 1879 para diputados y el 3 de mayo para senadores: de un total de 24 diputados, los unionistas lograron 17 y los liberales 7; 13 y 3, respectivamente, de los 16 senadores (ROLDÁN, Ivi).

⁽²¹⁷⁾ ROLDÁN DE MONTAUD, *La Unión Constitucional*, cit., pp. 591 ss.; J. B. AMORES CARREDANO, *Cuba y España, 1868-1898. El final de un sueño*, Pamplona, EUNSA, 1998, pp. 200 ss.

⁽²¹⁸⁾ AMORES CARREDANO, *Cuba y España*, cit., pp. 230 ss.; BIZCARRONDO y ELORZA, *Cuba/España*, cit., p. 307.

⁽²¹⁹⁾ BURGOS-MALAVE, *Génesis y praxis*, cit., p. 65.

⁽²²⁰⁾ Sigo en todo lo que viene a continuación a propósito de la política de conservadores y liberales, lo expuesto en mi trabajo *Cuba, provincia asimilada: 1878-*

disposición de 1837 (« Las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales »), y autorizaba además al Gobierno para aplicar allí, con las modificaciones que juzgase convenientes y dando cuenta a las Cortes, las leyes de la península, estableciendo, por último, que Cuba y Puerto Rico serían representadas en las Cortes del reino en la forma que determinase una ley especial, que podría ser distinta para cada una de ellas. Dicha ley resultó ser al final la peninsular, la censitaria Ley Electoral de 28 de diciembre de 1878, con idénticas disposiciones especiales para ambas islas, cuyo resultado ya se ha visto ⁽²²¹⁾. En el resto, su futuro dependía, en definitiva, del uso que los diferentes gobiernos españoles hicieran de esa autorización constitucional para aplicar en ellas las leyes de la península, fijando a su criterio el grado de asimilación que estimaran conveniente sin más requisito que dar cuenta luego a las Cortes. A diferencia de la anterior, esta Constitución no proporcionaba pautas orientativas con compromisos que pudieran resultar incómodos para los gobernantes.

De asimilación se había hablado siempre oficialmente en España, era la línea que había guiado la política tradicional en Indias, pero la palabra había saltado a un primer plano de la política ultramarina con el Gobierno de la Unión Liberal a principios de los años sesenta. El decreto que el 4 de julio de 1861 suprimió los Reales Acuerdos de las Audiencias de ultramar y estableció los Consejos de Administración fijó en el principio asimilador — « asimilar en lo posible á la organización de la Metrópoli la de sus vastos territorios trasatlánticos » — el objetivo de aquella. Sobre esa misma base se plantearon las ofertas reformistas que caracterizaron la década y echó también a andar, el 20 de mayo de 1863, el Ministerio de Ultramar. A partir de entonces, la asimilación fue ya el objetivo confeso de todos los gobiernos españoles. Una asimilación que la Constitución obligaba a canalizar por medio de leyes especiales, aunque la amplia autorización del artículo 89 del texto fundamental

1898, en *Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998), Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, pp. 75-99.

⁽²²¹⁾ Se promulgó en Cuba y Puerto Rico por decreto de 28 de diciembre de 1878 (*Gaceta de Madrid* 30 diciembre).

y la facilidad de los gobiernos para lograr la revalidación por parte de las Cortes de medidas propias que constitucionalmente requerían la intervención de éstas hicieron que buena parte del tejido normativo sobre las colonias en la España de la Restauración fuese obra gubernativa, como ya se ha dicho. La práctica política, con varios proyectos de ley frustrados en la agenda de los liberales, se encargó de demostrar la enorme dificultad de aunar voluntades en ese tema, de modo que al final todos acabaron acudiendo a los mismos medios y la propia Constitución, los derechos y la autonomía se llevaron a las Antillas por decreto.

No hubo, sin embargo, una identidad de objetivos y procedimientos entre conservadores y liberales. Bajo la bandera de la asimilación los gobiernos conservadores de Cánovas pusieron especial empeño en conseguir un mayor control gubernativo del territorio, como enseguida demostraron con la peculiar interpretación que hicieron de los compromisos a que obligaba a su parte la paz firmada en El Zanjón. Transgrediendo sus términos, la situación institucional de Puerto Rico que se tomó como referencia a la hora de llevarla a Cuba, de acuerdo con lo pactado, no fue la vigente en la isla a la firma del convenio, cuando se mantenían, aunque en suspenso, las reformas del Sexenio, sino la implantada luego por el propio Cánovas. Como ejecución del Convenio, su ministro de Ultramar, José Elduayen, puso en marcha una política de reformas en Cuba por medio de cuatro decretos publicados el 9 de junio de 1878 que, muy lejos de ese objetivo, fueron claramente decretos del vencedor sobre el vencido. Sin tener en cuenta las aspiraciones que habían llevado a los cubanos a levantarse en armas y las razones con que Martínez Campos les había convencido para deponerlas, los decretos se presentaron en conexión con la política de los años sesenta, considerando ya suficientemente realizado (y enriquecido, además, por la experiencia de las reformas del Sexenio en Puerto Rico) el maduro examen que en su día se había encargado a la Junta de Información, como dos días antes había anunciado el ministro ⁽²²²⁾.

Por el cariz de los decretos, está claro que para Cánovas la

⁽²²²⁾ Decreto de 7 de junio de 1878 (*Gaceta de Madrid* 30 de julio y C.L. T. CXX, pp. 720 ss., seguido, en ambos casos, por el texto de los tres primeros decretos de 9 de junio). Sobre todos ellos, ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 40 ss.

Guerra de los Diez Años, lo mismo que el Sexenio, no había sido más que un paréntesis. Se consolidaba en ellos la preeminencia política del gobernador general de Cuba (a quien se dedicaba el primero), definido como el representante del Gobierno de la Nación en la isla y delegado de los Ministerios de Ultramar, Estado, Guerra y Marina. Salvo los poderes excepcionales de comandante en plaza sitiada amparados en la real orden de 1825 (de los que ya no se hacía mención), no sólo conservaba sus facultades anteriores, concentrando en su persona los mandos civil y militar y manteniendo la capacidad de suspender la aplicación de las disposiciones del Gobierno central, sino que reforzaba su control del territorio gracias a la nueva división de la isla en seis provincias civiles (Pinar del Río, La Habana, Matanzas, Santa Clara, Puerto Príncipe y Santiago de Cuba), bajo el mando de sendos gobernadores en relación de dependencia directa con él. Sobre esa organización provincial versaban los dos siguientes decretos, mientras el último regulaba la elección de los representantes que Cuba mandaría a las Cortes españolas, de acuerdo con un sufragio censitario mucho más restrictivo que el de la península. Pocos días después se llevaron a esta isla las leyes orgánicas Municipal y Provincial de Cánovas (del 2 de octubre de 1877), que corregían las del Sexenio en sentido abiertamente centralizador, modificadas incluso al efecto de garantizar un mayor control de municipios y diputaciones por parte del gobernador general.

Vista la forma en que el Gobierno canovista pagaba el precio de la paz, no sorprende el rebrote de la insurrección cubana que tuvo lugar con la llamada Guerra Chiquita, iniciada el 24 de agosto de 1879 y concluida con la rendición de los insurrectos el 10 de junio de 1880.

Los decretos de 1878 determinaron lo que sería ya la planta institucional de Cuba hasta 1897. Pese a que su territorio lo integraron a partir de entonces seis provincias, los gobiernos españoles la siguieron tratando como una. No se hablaba habitualmente de las 'provincias cubanas', sino de la 'provincia de Cuba', lo que ponía de manifiesto hasta qué punto tal esquema resultaba artificial y al servicio simplemente de los intereses centralistas, desde los que se controlaba mejor la isla con esos seis nuevos gobernadores a las órdenes del gobernador general. Con frecuencia también el recurso

al nombre propio — Cuba, la isla de Cuba, la Gran Antilla, la Perla del Caribe — o, junto a Puerto Rico, la más indeterminada mención genérica de ‘las islas’, ‘las tierras’ o ‘los territorios’ de ultramar, solucionaba el problema. Porque desde el Gobierno no se les llamaba colonias, eran los autonomistas los que recurrían a ese nombre, al ser más propio de una colonia que de una provincia el régimen al que aspiraban. Sólo al final del período, cerrando el proceso iniciado en 1809, cuando para evitar el desmembramiento se había eludido expresamente el término colonia, los gobiernos españoles, al tiempo que aceptaron la autonomía para Cuba y Puerto Rico, hablaron ya sin reservas de colonias ⁽²²³⁾.

En lo sucesivo, el control gubernativo continuó siendo preocupación constante de la política de los gobiernos conservadores. Para reforzarlo, siendo ministro de Ultramar Romero Robledo, por decreto de 31 de diciembre de 1891 se crearon en Cuba tres grandes regiones administrativas y económicas (Occidental, Central y Oriental, con sede en La Habana, Matanzas y Santiago, respectivamente) y un nuevo gobernador regional al frente de cada una, subordinado jerárquicamente al gobernador general y con el cometido de inspeccionar y revisar las resoluciones de los gobernadores provinciales ⁽²²⁴⁾. Para él eso suponía la ‘descentralización’, y bajo ese signo presentó sus reformas en momentos en que ya la palabra había empezado a formar parte de los planes conservadores. Con un significado distinto, en línea con el reconocimiento de capacidad de decisión a cubanos y puertorriqueños en la gestión administrativa y económica de sus países, la descentralización acabó siendo también defendida por el Partido Conservador y señaló el último de los objetivos de su política antillana, recogida a partir de la guerra de 1895 en la fórmula con la que Cánovas pretendió satisfacer el ansia de autogobierno de aquellas gentes sin menoscabo de la soberanía española. El Discurso de la Corona en la apertura de las Cortes el 11 de mayo de 1896 proporcionó la ocasión para expresar un compromiso que, en lo sucesivo, el político conservador continuó repitiendo en idénticos términos hasta el final de sus días: dotar a Cuba y

⁽²²³⁾ Sobre los distintos eufemismos utilizados para calificar la situación política de Puerto Rico, LALINDE, *La administración española*, cit., pp. 29 ss.

⁽²²⁴⁾ *Gaceta de Madrid* de 2 de enero de 1892.

Puerto Rico de « una personalidad administrativa y económica de carácter exclusivamente local, pero que haga expedita la intervención del país en sus negocios particulares, bien que manteniendo intactos los derechos de la soberanía » (225).

Fue el máximo que estuvo dispuesto a conceder Cánovas, obligado por unas circunstancias que le forzaron asimismo a romper su resistencia a emprender en Cuba cualquier tipo de reformas hasta que la insurrección no estuviese sofocada. Le dieron cauce institucional dos decretos de 29 de abril de 1897, donde se planteaban como principales cambios la mayor autonomía de ayuntamientos y diputaciones y el encumbramiento del Consejo de Administración, con la ampliación de su base representativa y la concesión de atribuciones fiscales y parlamentarias (226). Como con ellos incidía directamente en el gobierno de Cuba, para el que el artículo 89 de la Constitución exigía leyes especiales, y modificaba la ley Abarzuza de 1895 impulsada por los liberales (de la que enseguida se hará mención), el mismo día que las Cortes reabrieron las sesiones, 20 de mayo de 1897, Cánovas solicitó de ellas la exención de la responsabilidad constitucional en que había incurrido su Gobierno, y la obtuvo por una ley de 8 de junio de 1897 (227). En cuanto que obra del Partido Conservador, Labra llegó a calificar los decretos canovistas de avance « verdaderamente excepcional » en relación con la política mantenida hasta entonces, considerándolos « un plausible cambio en nuestra orientación política colonial » (228). La guerra obligó a Cánovas a descentralizar, esperando un triunfo bélico gracias a la utilización de esta nueva arma, lo mismo que obligó luego a los liberales a conceder, con el mismo propósito, la autonomía.

En la búsqueda de las leyes especiales para Cuba y Puerto Rico fueron sin duda los gobiernos liberales españoles quienes pusieron un mayor empeño, mal compensado, sin embargo, por la pobreza de los resultados obtenidos. En un balance más de frustraciones que de éxitos, puede reconocerse en sus iniciativas el deseo de implantar en las Antillas un régimen institucional más acorde con los principios

(225) *Gaceta de Madrid* de 12 de mayo.

(226) *Gaceta de Madrid* de 30 de abril.

(227) *Gaceta de Madrid* de 9 de junio.

(228) *Las reformas de Cánovas, en La crisis colonial de España*, cit., pp. 252-255.

de la Administración liberal, unido a una clara orientación hacia un objetivo de descentralización progresiva en todos los órdenes (también el político), que culminó a finales de 1897 con el anuncio de la autonomía colonial, finalmente concedida y desarrollada por los decretos de 25 de noviembre de ese año. Hasta entonces, la desidia, las indecisiones, el exceso de paternalismo, el miedo a la desintegración nacional y el liderazgo de un Sagasta nada afín a la solución autonómica habían impedido a los liberales decidirse por la medida. Pero las líneas apuntadas contribuyeron a preparar el camino y a la postre acabaron enlazando con ella, en una progresión que se percibe con facilidad siguiendo la trayectoria de lo pretendido o realizado por los tres ministros de Ultramar más destacados de los gobiernos liberales del período: León y Castillo, Maura y Moret.

Los proyectos reformistas de León y Castillo en el año 1882, durante el primer gobierno de los liberales en la Restauración, se propusieron por objeto revisar con espíritu liberal la normativa llevada por Cánovas a Cuba después del Zanjón y reorientar la Administración cubana hacia un criterio descentralizador, tal y como el propio ministro y Sagasta habían anunciado en el debate sobre el Mensaje de la Corona con el que se abrieron las Cortes el 20 de septiembre del año anterior. Punto central en ellos fueron los cambios que, desde un principio asimilista, se intentaron introducir en la figura del gobernador general (la pieza clave en la especialidad institucional de las Antillas) con el propósito de adecuarlo a la Constitución, entre los cuales se incluía la supresión del viejo juicio de residencia y de sus tradicionales facultades de indulto y de suspensión de las resoluciones del Gobierno central y los acuerdos de las autoridades isleñas (229).

Más ambicioso y con mayor resonancia tanto en la metrópoli como en las islas, el intento de Maura, articulado en su proyecto de ley de 5 de junio de 1893, se propuso toda una « reforma del gobierno y administración civil de las islas de Cuba y de Puerto

(229) Un decreto de 20 de marzo de 1882 (*Gaceta de Madrid*, 22 marzo) le autorizó a presentar a las Cortes su proyecto de ley sobre el Gobierno general de Cuba, pero ni siquiera llegó a ser discutido. Años más tarde Gamazo intentó, sin éxito, sacarlo adelante (decreto 12 de julio de 1886, *Gaceta de Madrid* 23 julio). Cfr. ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 60 ss.

Rico », en la cual, « conservando íntegra la soberanía de la Nación española, sin desmembrar el poder legislativo, dentro de la Constitución de la Monarquía », intentaba llevar hasta el extremo que consideraba posible « la inmediata intervención de los pueblos antillanos en la gestión, dirección y gobierno de los asuntos que, aun siendo nacionales por ser suyos, más peculiarmente les interesan y atañen », al objeto de situar dentro de cada una de las islas « el ordinario término y definitivo despacho de todos los negocios administrativos ». Apremiado por la urgencia del asunto, que para él no admitía más demoras, quiso de ese modo Maura resolver de una vez el problema de las Antillas armonizando todos los intereses en conflicto.

El proyecto suponía más innovaciones en Cuba que en Puerto Rico, pues, por lo pronto, aquella pasaba a constituirse en una sola provincia, y hacía de sus respectivas Diputaciones provinciales el punto central de las reformas. Su idea inspiradora era implantar en cada una de las Antillas un diferente modelo de gobierno y administración con clara distribución de competencias entre el Gobierno central y las instituciones insulares. Dentro de estas, las Diputaciones provinciales de Cuba y Puerto Rico, electivas, tendrían competencia para decidir, conforme a las leyes, todo lo que estimasen conveniente sobre el régimen de obras públicas, comunicaciones, agricultura, industria y comercio, inmigración y colonización, instrucción pública, beneficencia y sanidad, para todo lo cual se les atribuía también a ellas la formación del presupuesto anual necesario, en base a ingresos propios. También podrían proponer al Gobierno, por conducto del gobernador general, la reforma de las leyes promulgadas en su respectiva isla. Junto a la Diputación, el gobernador general continuaría siendo en cada una de ellas el representante del Gobierno de la Nación, mando militar, delegado ministerial y jefe superior de la Administración civil, sin apenas cambios en sus atribuciones, al que ahora se encomendaba la ejecución de los acuerdos de la Diputación, con posibilidad de suspenderlos, sometiendo el tema al ministro de Ultramar. Desplegaba su autoridad en el territorio por medio de gobernadores regionales (seis en Cuba). Había también en cada una de las islas un Consejo de Administración con funciones consultivas.

Los propósitos de Maura no encontraron suficiente eco, y

fueron pocos quienes los vieron adecuadamente realizados en su plan. Cánovas se pronunció rotundamente en contra del proyecto de ley, estimando que concedía a las Antillas facultades rayanas con la autonomía y un peligroso poder a las Diputaciones. En Cuba, los separatistas lo recibieron con agresividad (de « redes para crédulos » calificó las reformas José Martí); para los autonomistas fue poco (aunque le reconocieron el valor de avance hacia un régimen más acorde con sus objetivos, sobre todo por iniciar el desarrollo de las instituciones locales), y para la mayoría de los miembros de Unión Constitucional demasiado, si bien fueron precisamente las discrepancias en su seno a propósito de este proyecto las que agudizaron la ruptura entre sus miembros que condujo a la definitiva formación del Partido Reformista, defensor de los planes de Maura ⁽²³⁰⁾. A favor de él también se pronunciaron numerosos ayuntamientos cubanos (Matanzas, Santa Clara, Santiago de Cuba, Puerto Príncipe, Sancti Spiritu, Colón, Güines..., que felicitaron expresamente a su impulsor), así como un grupo importante de hombres pertenecientes a la Cámara de Comercio de La Habana, la Liga de los Comerciantes, el Círculo de Hacendados y la Junta General de Fabricantes de Tabacos. Hubo incluso en La Habana manifestaciones públicas en su apoyo ⁽²³¹⁾. Por su parte, en Puerto Rico los incondicionales desataron una violenta oposición contra él, y sus diputados lo combatieron en las Cortes por considerarlo inconveniente y peligroso para el porvenir de la isla, pero los autonomistas lo acogieron con discreción, juzgando que cualquier proyecto de tendencia descentralizadora significaba un progreso en el camino hacia otras concesiones. Si bien para ellos también estaba muy lejos de sus aspiraciones, se mostraron incluso dispuestos a colaborar si se modificaban puntos como la ejecución de los acuerdos de la Diputación por parte del gobernador general y se ampliaban las competencias de aquella a aguas, bancos, puertos y policía, rechazando

⁽²³⁰⁾ Sobre el proyecto, su alcance, críticas y actitudes con que se recibió, ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 80 ss.

⁽²³¹⁾ A. MARIMÓN, *La política colonial d'Antoni Maura. Les colònies espanyoles de Cuba, Puerto Rico y les Filipines a finals del segle XIX*, Palma, Documenta Balear, 1994, pp. 52 ss.

también la presencia del jefe de los Voluntarios en el Consejo de Administración ⁽²³²⁾.

Tampoco prosperó. Sólo salió adelante una versión del mismo, desvirtuada y conciliadora, que suprimió de él su parte más conflictiva, la Diputación única de Cuba rechazada por conservadores y unionistas, y puso en manos del viejo Consejo de Administración las competencias descentralizadas y la formación del presupuesto en la isla, atribuidas en Puerto Rico a su Diputación provincial. Se la conoció como Ley Abarzuza, por el apellido de quien era entonces ministro de Ultramar (Buenaventura Abarzuza, nacido en La Habana y el único cubano que ocupó el Ministerio), y en ella se establecían las bases para el gobierno y la administración civil de las islas de Cuba y Puerto Rico. Se promulgó el 15 de marzo de 1895, después de una fulminante tramitación en el Congreso y el Senado, con todas las fuerzas políticas deseosas de llegar a un acuerdo ⁽²³³⁾. Pero, con una Cuba ya en guerra desde el 24 de febrero, no llegó a aplicarse, pese a que muchos no veían razones para su aplazamiento en Puerto Rico ⁽²³⁴⁾.

A Segismundo Moret se debió, por último, la génesis de los decretos de 25 de noviembre de 1897 que permitieron implantar en Cuba y Puerto Rico un régimen autonómico en los términos en que los autonomistas lo habían venido demandando desde hacía décadas, y que significaron el más alto grado de descentralización a que estuvieron dispuestos a llegar los políticos liberales españoles. Supusieron asimismo la más profunda transformación sobre el régimen de gobierno de las Antillas hecha hasta entonces. Pese a que la Constitución exigía ley para eso, igual que meses antes había hecho Cánovas también Sagasta actuó por decreto. Luego, y siguiendo los mismos pasos, pidió y consiguió de las Cortes la exención de responsabilidad constitucional y la revalidación legislativa de lo decidido. Un decreto de 25 de abril de 1898 autorizó al Gobierno a presentar a las Cortes un proyecto de ley « declarando exento de la

⁽²³²⁾ MARIMÓN, *La política colonial*, cit., pp. 83 ss.; GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 209; BURGOS-MALAVE, *Génesis y praxis*, cit., p. 63.

⁽²³³⁾ *Gaceta de Madrid* del 23 de marzo. ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 89 ss.

⁽²³⁴⁾ GARCÍA OCHOA, *La política española*, cit., p. 212; BURGOS-MALAVE, *Génesis y praxis*, cit., p. 66; MARIMÓN, *La política colonial*, cit., p. 90.

responsabilidad constitucional al actual Gobierno por publicar sin acuerdo legislativo el decreto de 25 de noviembre de 1897 concediendo el régimen autonómico á las islas de Cuba y Puerto Rico », y, con el único voto de la minoría carlista en el Congreso, las Cortes lo aprobaron y el 13 de mayo de 1898 la reina M^a Cristina le dio la sanción legal, salvando de ese modo el obstáculo ⁽²³⁵⁾.

4.2. *Constitución y derechos en las Antillas.*

En tema de derechos, poco tuvieron que agradecer puertorriqueños y cubanos a los conservadores españoles. Apenas la Ley del Patronato de 13 de febrero de 1880, que inició el proceso de abolición gradual de la esclavitud en la isla de Cuba, anunciando su desaparición definitiva en el año 1888 ⁽²³⁶⁾. Se aprobó con la oposición decidida de los diputados cubanos presentes en las Cortes, siendo ministro de Ultramar José Elduayen. En virtud de ella, los esclavos emancipados no adquirirían inmediatamente la libertad, sino que quedaban sometidos al patronato de sus antiguos amos durante unos plazos determinados (que en ningún caso excedían de los ocho años previstos como fecha final del proceso), con obligación de trabajar y derecho a ser alimentados, vestidos, asistidos en sus enfermedades y retribuidos por medio de un pequeño estipendio. Se reconocía la posibilidad de liberar del patronato por mutuo acuerdo, renuncia de los amos o indemnización. El reglamento de la ley permitía aplicar a los patrocinados los castigos de cepo y grilletes, que luego en 1883 suprimieron los liberales para celebrar con esa medida el cumpleaños del rey ⁽²³⁷⁾. En la práctica, la emancipación total resultó un proceso más rápido de lo previsto, acelerado por los propios hacendados, muchos de los cuales, estimando el patronato una incómoda carga con más inconvenientes que ventajas, optaron por dar total libertad a sus esclavos y convertirlos en jornaleros. A mediados de 1885 quedaban en la isla tan sólo unos 50.000 esclavos patrocinados, cuya libertad acabó siendo reconocida definitivamente por la Ley de Abolición del Patronato en Cuba de 23 de julio de

⁽²³⁵⁾ *Gaceta de Madrid* de 26 de abril y 18 de mayo.

⁽²³⁶⁾ *Gaceta* del 18 de febrero.

⁽²³⁷⁾ 27 de noviembre de 1883 (*Gaceta* del día siguiente). El reglamento de la Ley de Patronato de 1880 llevaba fecha del 2 de julio de ese año.

1886 ⁽²³⁸⁾. Al tiempo, entre 1882 y 1889 llegaron a Cuba, procedentes de puertos de la península y Canarias, 524.628 nuevos colonos ⁽²³⁹⁾.

Los gobiernos liberales se mostraron más activos a la hora de llevar a las Antillas los derechos y las leyes de que disfrutaban y por las que se regían los españoles del otro lado del Atlántico, poniendo en práctica su política de asimilación. Fue uno de ellos el que, por decreto de 7 de abril de 1881, llevó allí la Constitución canovista de 1876 de un modo muy peculiar: « Artículo 1: Los Gobernadores generales de Cuba y Puerto Rico promulgarán en las *Gacetas oficiales* de las provincias de su mando la Constitución de la Monarquía » ⁽²⁴⁰⁾. Sin olvidar, por supuesto, las modificaciones impuestas por la especialidad: sin perjuicio, artículo 2, de la observancia y cumplimiento de las leyes especiales allí vigentes (con expresa mención de la Ley del Patronato), de acuerdo con lo que se establecía en el artículo 89 de la misma Constitución ⁽²⁴¹⁾. Como si de una ley ordinaria se tratase, y sometido al mismo margen de discrecionalidad permitido al Gobierno por la ley fundamental: ella misma, la Constitución, debía regir en Cuba y Puerto Rico con las modificaciones que el Gobierno había estimado conveniente introducir. Entre ellas, la vigencia preferente de una normativa de rango inferior. De ese modo, la especialidad se impuso también a esos niveles, ignorando cualquier idea de jerarquía normativa.

Tratándose, por otra parte, de una Constitución, la de 1876, que en cuestión de derechos, con un planteamiento muy distinto al del texto de 1869, carecía de valor normativo inmediato y condicionaba a lo dispuesto en la legislación ordinaria el ejercicio efectivo de los

⁽²³⁸⁾ M. FERNÁNDEZ ALMAGRO, *Historia política de la España contemporánea*, Madrid, Pegaso, 1959, pp. 28-29; NAVARRO AZCUE, *La abolición*, cit., pp. 161 ss.

⁽²³⁹⁾ NARANJO OROVIO y GARCÍA GONZÁLEZ, *Racismo e Inmigración*, cit., p. 179.

⁽²⁴⁰⁾ Se publicó en la *Gaceta de Madrid* el 9 de abril, y en la *Gaceta de La Habana* el 1 de mayo.

⁽²⁴¹⁾ « [...] como podría pensarse que la vigencia directa de la Constitución libre de una nación libre pudiera hacer libres a la población de aquellas islas, la promulgación de la Constitución se hace con expresa reserva de la observancia y cumplimiento de la ley de 13 de febrero de 1880 y de las demás especiales. Con ello el gesto político de la promulgación y publicación de la Constitución resultó ‘convenientemente’ aguado, es decir, quedó neutralizado por este equilibrio insensato que algunos varones llamarían prudencia »: TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio histórico*, cit., p. 53.

mismos, la decisión de momento no supuso grandes cambios, aunque contentó a los autonomistas, que la recibieron como un imprescindible primer paso con un alto valor simbólico ⁽²⁴²⁾. Pronto, además, empezaron a llegar las leyes (de imprenta, de reunión, de casación, de matrimonio civil, de enjuiciamiento criminal...), y gracias a los liberales se fue haciendo posible el disfrute de algunos derechos en Cuba y Puerto Rico, pues fueron ellos quienes realmente acercaron las colonias antillanas al orden de Constitución y códigos propio de la España liberal ⁽²⁴³⁾. Al final, un decreto extendió de golpe todos los derechos constitucionales de los otros españoles y las leyes que reglamentaban su ejercicio en la metrópoli. Pese a apelar también en su apoyo al artículo 89, esta vez lo hizo en su redacción propia, sin modificaciones ni matizaciones, sin ninguna especialidad: « Los españoles residentes en las Antillas gozarán, en los términos que los residentes en la Península, de los derechos consignados en el título 1º de la Constitución de la Monarquía y de las garantías con que rodean su ejercicio las leyes del reino ». Llevaba la misma fecha de los decretos de autonomía, 25 de noviembre de 1897, y anunciaba también la revisión por parte del Ministerio de Ultramar, oyendo al Consejo de Estado, de toda la legislación de las Antillas y los bandos publicados por sus gobernadores generales desde 1876, a fin de que en lo sucesivo ni en la gobernación ni en la administración de justicia pudieran invocarse ni aplicarse allí preceptos que estuvieran en contradicción con la letra y el espíritu de la Constitución española ⁽²⁴⁴⁾. Lejos de la especiali-

(242) ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal...*, cit., pp. 54-55.

(243) Cf. ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 55 ss. y *Cuba, provincia asimilada*, cit., pp. 94 ss. Por su parte, los conservadores llevaron a la vez a Cuba y Puerto Rico la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, por decreto de 25 de septiembre de 1855 (*Gaceta de Madrid* de 26 de septiembre). Cánovas calificaría luego de precipitada la extensión de la Ley de Imprenta de 1883 a Cuba (ordenada en un decreto de 26 de julio de 1886) por la « súbita e ilimitada libertad » que concedía en ese campo (a diferencia de la anterior, más restrictiva, de 1879, llevada también allí por los liberales a los dos días del decreto que ordenó en 1881 promulgar la Constitución), culpándola de haber contribuido a la preparación de la guerra (en la *Exposición* del decreto de 4 de febrero de 1897 — *Gaceta de Madrid* 6 de febrero — con las bases para la ampliación de la Ley Abarzuza, luego publicadas en los decretos de 29 de abril de ese año).

(244) *Gaceta de Madrid* del 26 de noviembre.

dad que en 1837 se había estimado necesaria para conservar la soberanía en los restos del imperio colonial español, ahora el principio de unidad constitucional se erigía en ‘base firmísima’ de la integridad del territorio y primera y significativa parte de la transformación que iba a darse a su régimen colonial (admitido ya plenamente el adjetivo dentro del lenguaje de los liberales). Como una más de las medidas con las que Sagasta quemaba su último cartucho en Cuba, el reencuentro con Cádiz llegaba sin embargo esta vez demasiado tarde.

4.3. *La solución autonómica.*

Demasiado tarde parece haber ocurrido siempre todo en esta historia constitucional de las Antillas, y demasiado tarde es también la respuesta con que unánimemente se enjuicia la concesión de la autonomía a Cuba y Puerto Rico por los decretos del Gobierno Sagasta y su ministro Segismundo Moret el 25 de noviembre de 1897, en un último intento por conservar las *colonias*, como ya oficialmente no hubo empacho en denominar a partir de entonces ⁽²⁴⁵⁾. Fue, sin lugar a dudas, una medida de guerra decidida *in extremis*, pero, aunque en el propósito del Gobierno la libertad se presentase ante todo como medio para restablecer la paz, era ya un fin en sí misma, y también es cierto que en el momento no resultaba tan predecible su fracaso ⁽²⁴⁶⁾. Muchos creyeron que, incluso en esas condiciones, al cabo se había dado con la fórmula adecuada para armonizar intereses y mantener el vínculo de la soberanía española en las islas cuando ya el siglo XX se encontraba a la vista. Finalmente el Partido Liberal había logrado superar sus viejos recelos, y, desde el Manifiesto de Madrid acordado el 24 de junio de 1897 en la casa de Sagasta, la autonomía colonial para Cuba y Puerto Rico se incluía como un punto más de su programa. Cuando el 31 de octubre de ese año el capitán general Ramón Blanco y Erenas desembarcó en La Habana (con el encargo especial del ministro Moret de designar

⁽²⁴⁵⁾ CL, T. CLXII, pp. 459 ss., 462 ss., 485 ss. y 508 ss. Se publicaron entre el 26 y el 28 de noviembre en la *Gaceta de Madrid*.

⁽²⁴⁶⁾ Valga para todo lo dicho a propósito de la acogida de los decretos autonómicos en Cuba y la metrópoli, una remisión genérica a mi *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 130 ss.

cuidadosamente a sus colaboradores entre los elementos afectos al autonomismo), le dio la bienvenida una comisión del Partido Autonomista presidida por Gálvez, con la enhorabuena por haber sido él el elegido para llevar a cabo la implantación del régimen autonómico en la isla gracias al cual se salvaría ya para siempre de modo seguro la soberanía de la metrópoli, al tiempo que las libertades y la personalidad de la colonia obtendrían de una vez el reconocimiento deseado. El propio general Martínez Campos aplaudía el valor y la resolución de Sagasta por haber abordado una política que en esos momentos ya no sólo podía considerarse necesaria, sino indispensable.

No cabe duda que los decretos autonómicos se recibieron en Cuba con esperanza, aunque el sentimiento no fue unánime ni mucho menos. El 27 de noviembre el general Blanco escribía desde La Habana que, según sus primeras impresiones, la acogida en general podía considerarse buena, y a finales de ese año 1897 los órganos directivos locales del Partido Autonomista cubano reconocieron explícitamente que en los decretos estaba contenida su doctrina. Sus contrincantes políticos, sin embargo, los conservadores de la Unión Constitucional, mostraron su abierto rechazo hacia ellos, y los independentistas nunca aceptaron esa solución para la isla, hasta el punto de que un bando del general Máximo Gómez amenazó con abrir consejo de guerra y fusilar a todo oficial del ejército libertador que aceptara cualquier proposición de paz amparándose en ellos, como efectivamente se llegó a hacer. Más compacta la opinión en Puerto Rico, los decretos provocaron allí grandes manifestaciones de júbilo y adhesión a España. La mayoría de la prensa se reconoció satisfecha y agradaron también a los autonomistas; uno de sus líderes, Manuel Fernández Juncos, destacaba su originalidad y generosidad en relación con las autonomías inglesas ⁽²⁴⁷⁾.

En la metrópoli, la generalidad de los periódicos peninsulares los acogieron con actitud benévola y expectante pero sin esas muestras de entusiasmo. Algunos, como *El Globo* y *El Liberal*, respaldaron la concesión de la autonomía, aun sin ocultar los problemas con que habría de encontrarse, destacando especialmente

(247) BURGOS-MALAVE, *Génesis y praxis*, cit., pp. 156 ss.

el segundo las ventajas económicas que reportaría ⁽²⁴⁸⁾. A poco de ponerse en práctica, Rafael M^a de Labra escribía que en esos momentos no veía a su alrededor más que autonomistas, y aplaudía « la honrada y patriótica rectificación de las opiniones y prejuicios » de los antiguos adversarios de la autonomía que ahora la recibían abiertamente como « un interés general de toda España », triunfo al fin de la política de los principios sobre la de los gobernantes prácticos. A su juicio, todos a la sazón parecían conformes con ella, « y nadie se acuerda de las censuras con que los republicanos y los autonomistas éramos acosados y casi puestos fuera de la ley, cuando no de la sociedad española, no hace muchos meses ». Aunque consideraba incompletos los decretos, los reconocía de excepcional importancia, muy avanzados en relación con la experiencia colonial inglesa y merecedores de aplauso ⁽²⁴⁹⁾.

No todo fueron parabienes, sin embargo. Los carlistas expresaron su más rotunda protesta, y entre los conservadores Silvela mostró abiertamente su amargura ante la lectura de unos decretos que no obedecían a un plan meditado y debatido sino a una « medida de salvamento improvisada ante las angustias de una catástrofe », y Pidal declaró que la autonomía no satisfacía a nadie y lastimaba a muchos. *La Época* calificó la autonomía de aventura, ya que, en su opinión, los territorios antillanos no habían demostrado capacidad para gobernarse a sí mismos, e igual rechazo se proclamó en *El Nacional* ⁽²⁵⁰⁾. Los mismos republicanos, partidarios de ella, no acababan de ponerse de acuerdo sobre su contenido y oportunidad, y así, mientras en *El País* se declaraban favorables, *El Progreso* se oponía en las circunstancias por las que se estaba atravesando; a Castelar le desagradaba la apariencia de concesión a los deseos norteamericanos, y los federalistas de Pi i Margall desde principios de 1896 contemplaban la independencia como algo inevitable, opinando que el programa de Moret llegaba demasiado tarde y que sería inoperante en Cuba, si bien lo aceptaban para Puerto Rico. No faltaron tampoco quienes, como algunos importantes sectores militares próximos a *El eco militar*, alertaban sobre el

⁽²⁴⁸⁾ Ivi, pp. 147-154.

⁽²⁴⁹⁾ *La crisis colonial*, cit., pp. 7 ss., 126 y 144.

⁽²⁵⁰⁾ BURGOS-MALAVE, *Génesis y praxis*, cit., p. 153.

peligro de disgregación de la metrópoli que suponía la autonomía, al crear un alarmante precedente en Cuba y Puerto Rico que podría ser luego imitado por otros territorios.

Haciendo abstracción de las reticencias y con la única excepción de los carlistas, todos los partidos votaron luego en las Cortes a favor de la ley de indemnidad que el 17 de mayo de 1898 declaró exento al Gobierno de la responsabilidad constitucional en que había incurrido al conceder por decreto el régimen autonómico a las islas de Cuba y Puerto Rico. Para entonces España se encontraba ya en guerra con los Estados Unidos

¿Qué servía de fundamento a unas y otras opiniones? ¿Qué suponía para Cuba y Puerto Rico la nueva planta autonómica? Muy influenciados formal y materialmente por la Constitución canovista de 1876 y la articulación de poderes a que respondía su modelo de Monarquía constitucional (aunque, al ser obra de los liberales, desviados de ella en cuestiones tales como el régimen provincial y municipal, el papel de jueces y tribunales o el mismo valor de la Constitución y las garantías para su cumplimiento), los decretos de 25 de noviembre de 1897 implantaron en cada una de las Antillas una misma « Constitución autonómica », que situaba al gobernador general en el lugar del rey como punto de inflexión entre el poder central y el autonómico y cauce de comunicación entre ellos ⁽²⁵¹⁾. A ambas les concedían la posibilidad de contar con órganos de representación y gobierno propios, materializados en un Parlamento insular y un Gobierno autonómico. Bicameral el primero, como lo eran las Cortes españolas, sus respectivas cámaras recibían una denominación peculiar, Consejo de Administración la alta (en lugar de Senado) y Cámara de Representantes la baja (en lugar de Congreso); electiva esta en su totalidad por sufragio universal masculino, lo mismo que el Congreso, integrado por miembros designados y elegidos por sufragio censitario el Consejo, al igual que el Senado. Se escogió también un nombre característico para los distintos departamentos que constituían el Gobierno, rescatando a tal fin el apelativo dieciochesco de Secretarías de Estado y del

⁽²⁵¹⁾ Cfr. sobre principios inspiradores, paralelismos y diferencias, ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., pp. 113 ss., y, sobre la nueva planta autonómica, 118 ss.

Despacho: de Gracia y Justicia y Gobernación, de Hacienda, de Instrucción Pública, de Obras Públicas y Comunicaciones, y de Agricultura, Industria y Comercio. Esas eran las materias que el Gobierno central ponía en manos de cubanos y puertorriqueños para que gobernaran y legislaran sobre las mismas en uso del poder autonómico que se les concedía. Todo ello, efectivamente, muy en consonancia con el programa de los autonomistas (y Sagasta no tuvo empacho en reconocerlo claramente así en el texto de la Exposición que precedía a la Constitución autonómica), aunque los decretos fueron obra exclusiva del Gobierno español (con intervención muy personal del ministro Moret en su redacción), y en su génesis no hubo ningún tipo de negociación previa con aquellos, como Rafael M^a de Labra se apresuró luego a aclarar ante el Congreso cuando se discutió el *bill* de indemnidad ⁽²⁵²⁾. Rasgo original de los mismos era el mantenimiento de diputados antillanos en las Cortes españolas, concebido como lazo « estrechísimo » de la nacionalidad. Esta vez las intenciones no se quedaron en el papel ni la guerra impidió su realización. Tanto en Cuba como en Puerto Rico la autonomía se llevó a la práctica y tuvo su propia historia, breve y condenada a muerte al poco de nacer, pero historia al fin y al cabo, con sus protagonistas, sus proyectos y sus acciones, por desesperada que fuera la situación en que le tocó vivir. En una y otra isla sus respectivos gobernadores generales designaron sus Gobiernos provisionales, con la aceptación del Gobierno español, y a partir de ahí se puso en marcha el nuevo régimen colonial.

No hubo problemas para ello en Cuba, pese a la situación de guerra que se vivía, y el 1 de enero de 1898 tomó posesión su Gobierno autonómico provisional, cuyos miembros el capitán general Blanco y Erenas (con la aceptación del Consejo de Ministros) distribuyó entre autonomistas y reformistas, dando a los primeros la presidencia — José M^a Gálvez — y las Secretarías de Gracia y Justicia y Gobernación — Antonio Govín — Hacienda — Rafael Montoro, e Instrucción Pública — Francisco Zayas —, y a los segundos las de Industria, Agricultura y Comercio — Laureano Rodríguez — y Obras públicas y Comunicaciones — Eduardo Dolz.

⁽²⁵²⁾ D.S. 11 mayo 1898, pp. 458 ss. Confirmadas inmediatamente sus palabras por Moret (p. 460).

A ruegos de los secretarios, el general Blanco comunicó ese mismo día al presidente del Gobierno español el firme propósito de « cooperar al más pronto restablecimiento de la paz, á la identificación cada día mayor de la colonia con la Metrópoli por las ideas y los sentimientos y á la reconstitución del país » (253).

En Puerto Rico, sin embargo, las disensiones y rencillas personales entre las dos ramas del autonomismo y la muerte del capitán general González Muñoz retrasaron su implantación hasta el 9 de febrero, fecha en que el nuevo gobernador, general Martínez Casado, una vez logrado el arreglo entre aquellas, promulgó el decreto con el nombramiento del nuevo Gobierno provisional, cuyos miembros, igualmente, repartió entre ortodoxos (el presidente, Francisco Mariano Quiñonez, y los secretarios de Hacienda, Manuel Fernández Juncos, e Instrucción Pública, Manuel F. Rossy) y liberales (los secretarios de Gracia, Justicia y Gobernación, Luis Muñoz Rivera, Obras Públicas y Comunicaciones, Juan Hernández López, y Agricultura, Industria y Comercio, José Severo Quiñonez). Tres días después se constituyó, celebrado el acontecimiento en medio del entusiasmo de los puertorriqueños en las calles de San Juan, engalanadas y abarrotadas de público, con una gran fiesta de la autonomía que culminó a las dos semanas en Ponce, la cuna del autonomismo en la isla, con un homenaje a los hombres que, como Román Baldorioty de Castro, habían muerto sin haber visto realizados sus sueños (254).

El proceso se concluyó en su totalidad. En ambas islas se convocaron y celebraron elecciones a sus respectivos parlamentos, se constituyeron estos, se nombraron los gobiernos definitivos, y unos y otros afrontaron el día a día de sus responsabilidades en un calendario de fechas al que otras más señaladas y no dependientes de ellos se encargó de poner fin, haciendo inútil para los objetivos propuestos este último ensayo de política colonial que España puso en práctica para evitar la pérdida de las Antillas. A las páginas que lo recuerdan me remito, como cierre ya de estas (255). Al final se optó

(253) ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., p. 141.

(254) BURGOS-MALAVE, *Génesis y praxis*, cit., pp. 164 ss.

(255) ALONSO ROMERO, *Cuba en la España liberal*, cit., Cap. III, “La autonomía, una historia corta”, pp. 139 ss., BURGOS-MALAVE, *Génesis y praxis*, cit., “Puesta en marcha del

por la asimilación en derechos y la especialidad en poderes, pero quienes llevaron el proyecto a ejecución siguieron encontrando razones para destacar de una historia común el momento de Cádiz.

régimen autonómico”, pp. 164 ss., y “Fin del régimen autonómico en Puerto Rico”, pp. 290 ss.

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA ERA
DEL IMPERIALISMO.
ESPAÑA Y LA COLONIZACIÓN DE MARRUECOS
(1880-1912)

1. Colonización vs colonialismo. Algunas palabras sobre la política colonial del periodo Entreguerras (1870-1914). — 2. La estética de la moral liberal. Del cristianismo a la confrontación naturaleza-cultura en la legitimación de la discriminación racial. — 3. La aristocratización de las relaciones internacionales. El Concierto Europeo y la colonización africana. — 4. Una cuestión de Títulos. El Concierto europeo y la nueva práctica colonial. La Teoría del Hinterland. — 5. El Ordenamiento jurídico Internacional: entre el Equilibrio Europeo y la expansión colonial. — 6. ‘Una cierta nemesi’. Europa y el Norte de África. — 7. ‘El derecho de los Estados a su engrandecimiento’. La Comunidad Internacional y la cuestión marroquí. — 8. Los derechos de ‘la España irredenta’. La Comunidad Internacional ante la colonización de Marruecos. — 9. Las reglas del juego. La Balanza de poder, el principio de no intervención y la cláusula de Nación más favorecida. — 10. Protagonismo de los Órganos del Derecho Internacional. La conferencia de Algeciras y la ‘política de puertas abiertas’. — 11. El abandono de ‘políticas vagas’. De la penetración pacífica al conflicto armado. — 12. Consumación de una ‘mission providentielle’. La constitución de Protectorado francoespañol en Marruecos

1. *Colonización vs colonialismo. Algunas palabras sobre la política colonial del periodo Entreguerras (1870-1914).*

En el caso particular de Marruecos, 1912 es, oficialmente, el año de su incorporación a la esfera colonial europea. Esa es, en efecto, la fecha de la constitución del Protectorado franco-español en la zona, con todas las consecuencias económicas y políticas que implicaba y que se venían acariciando desde tiempo atrás.

Desde el punto de vista jurídico, este acontecimiento reviste un inequívoco valor formal si bien, contemplado desde otras perspectivas, su importancia es relativa. Lo es porque la constitución del protectorado, por un lado, no puso fin a la violencia ni evitó los conflictos — algunos, como la proclamación de la República del Rif,

singularmente virulentos ⁽¹⁾ — al menos en las dos décadas poste-

(1) Abandonada prácticamente durante un largísimo periodo de tiempo, la historiografía española sobre asuntos norteafricanos ha emergido en las dos últimas décadas, en particular desde los años noventa y coincidiendo con la recepción de la inmigración magrebí, con un interés sin precedentes, hasta el extremo de que las publicaciones pueden contarse por centenares, en especial en lo que afecta a la cuestión del Protectorado. Entre los primeros que recuperó este interés, V. MORALES LEZCANO, *Africanismo y orientalismo español en el S. XIX*, Madrid, UNED, 1988 y entre los últimos, J.L. MATEO DIESTE, *La "hermandad" hispano-marroquí. Política y Religión bajo el Protectorado español en Marruecos (1912-1956)*, Barcelona, 2003, así como VV.AA., *El protectorado español en Marruecos. Gestión colonial e identidades*, Madrid, 2002. Para los coetáneos, M. CAPDEQUI, *Yebala. Apuntes sobre la zona Occidental del Protectorado marroquí español*, Madrid, 1923 o W. HARRIS, *France, Spain and the Rif*, Londres, 1927. Sin embargo, ahora como a principios de Siglo, uno de los temas más tratados es la guerra del Rif, por la enorme difusión internacional que alcanzó la creación de un gobierno independiente que giraba en torno a la carismática figura de Abd-el-Krim el Jatabi, asunto por el que se han interesado estudiosos de todos los países afectados. Entre los actuales, y a modo de ejemplo, G. AYACHE, *La guerre du Rif*, París, 1996; J.M. CAMPOS MARTÍNEZ, *Abdelkrim y el Protectorado*, Málaga, 2000; Z. DAOU, *Abdelkrim. Une épopée d'or et de sang*, Biarritz, 1999; M. KHARCHICHI, *La alianza franco-española contra el movimiento rifeño*, Granada, 1996; M.R. MADARIAGA, *España en el Rif. Crónica de una historia casi olvidada*, Melilla, 1999; J.M. SALAFRANCA, *La república del Rif*, Málaga, 2004; D. WOOLMAN, *Andel-Krim y la guerra del Rif*, Barcelona, 1971; VV.AA., *Abd-el-Krim et la republique du Rif* (Actes du colloque international d'études historiques et sociologiques. 18-20 janvier 1973), Paris, 1976. Para los contemporáneos, resulta extremadamente ilustrativo reseñar las diferencias que se observan entre la bibliografía francesa y española al respecto, sobre todo desde los años inmediatamente anteriores a la acción directa europea en Marruecos hasta constitución del Protectorado (1897 c.a.). Y es que, en tanto que la española — salvo excepciones como la de G. MAURA GAMAZO, *La cuestión de Marruecos desde el punto de vista español*, Madrid, 1905 o la de N. PÉREZ SERRANO, *El reparto de África*, Madrid, 1909 — es de marcada naturaleza militar, la francesa, por el contrario, demuestra poseer una sólida orientación jurídico-colonial, lo que constituye un auténtico símbolo de la posición de ambos países, como se pretende demostrar en el texto. De la primera pueden ser ejemplos, J. ÁLVAREZ CABRERA, *Cuadernos de operaciones en Marruecos. Estudio político-militar*, Tánger, 1909; del mismo *La Guerra de África (Apuntes militares sobre el Imperio de Marruecos)*, Madrid, 1893, M. CORRAL CABALLÉ, *Crónica de la Guerra de África de 1909*, Barcelona, 1910 o C. IRIARTE, *Recuerdos de la guerra de África bajo la tienda*, Barcelona, s.a.. De la segunda, es suficiente recordar la colección de la Bibliothèque Internationale & Diplomatique de A. PEDONE, Libraire-Éditeur, *Colonies, Protectorats & spheres d'influence de la France en Afrique*, de E. ROUARD DE CARD, entre las que se incluían títulos como *Les traités entre la France et le Maroc, Les relations de l'Espagne et du Maroc pendant le XVIIIe et le XIXe siècles* o *La frontière franco-marocaine et le protocole du 20 juillet 1901*, sólo en relación con el tema que aquí interesa principalmente.

riores Y, por el otro, porque en la práctica no era sino el predecible y lógico punto de llegada de un proceso que se había iniciado con las Conferencias de Madrid de 1880, continuado por las de Berlín (1885) y Bruselas (1890) y concluido, en lo que respecta a ese país en concreto, con la de Algeciras en 1906, cuya *Acta Final* significó, de hecho, el epitafio de la independencia del así llamado Imperio Cherifiano (2).

En realidad, tales Conferencias, todas ellas celebradas en el transcurso de ese periodo de *Pax europea*, desde luego mucho más frágil de lo que creyeron los coetáneos a juzgar por los traumáticos acontecimientos que pusieron fin a la misma — algunos, por cierto, directamente relacionados con la *cuestión marroquí* —, fueron las responsables directas del reparto oficial de África. Porque fue ahí, bajo la atenta mirada de las que ya entonces se denominaban *Potencias*, donde se ratificó una partición, realizada con precisión milimétrica sobre un mapa en blanco, cuyas zonas se iban rellenando al compás de los descubrimientos de las ‘misiones científicas’ sufragadas por los gobiernos y las *Sociedades Geográficas* nacionales, cuyos trabajos tan útiles resultaron a estos efectos, y no solo en el terreno cultural.

En este sentido, la inestimable ayuda que prestaron en el proceso colonial del ‘continente misterioso’ solo puede ser comparada con la de algunos relevantes literatos — como, p.e., Víctor Hugo, que abogaba por « llevar Europa a África » — y, sobre todo, con la de la prensa. La implicación directa de ésta en los asuntos de esta naturaleza, realizada siempre bajo la dirección gubernamental con el fin de construir o dirigir la opinión pública o como medio de presión frente a terceros países, fue una de las reivindicaciones más constantes de los Partidos y *lobbys* colonialistas. Unos y otros crearon y divulgaron imágenes predeterminadas (3) en las que es imposible pasar por alto la influencia de las demoledoras descrip-

(2) He utilizado, para la consulta de estos instrumentos internacionales la edición de J. M. CORDERO TORRES, *Textos Básicos de África*, 2 vols. Madrid, CEC, 1962, vol. I. *Parte General*.

(3) P. BLANCHARD y S. LEMAIRE, *La représentation de l'indigène dans les affiches de propagande coloniale: entre concept republicain, fiction phobique et discours racialisant*, Des modes de construction de l'autre: textes/images. Florencia, 1998.

ciones que, escritores y científicos, hacían acerca de los indígenas (4).

En cualquier caso, antropólogos, etnólogos, periodistas y exploradores, contribuyeron a construir los fundamentos sobre los que se asienta ese colonialismo finisecular, expresión la más elevada de los gloriosos *Victorian days* que situaron a Gran Bretaña como el arbitro mundial de esta política por más de un siglo, desde mediados del XIX. Fueron ellos los que aportaron las bases para elaborar esa muy oportuna división tripartita entre el África Blanca, el África Negra y el África Tenebrosa, a la que todavía se recurría hasta bien entrado el Siglo XX y que es capital para comprender las diferencias jurídicas con las que los europeos trataron las cuestiones africanas. Estos son, con otros, los factores que permiten singularizar el sistema colonial de esta época de los precedentes, hasta el extremo de que los especialistas han podido introducir una clara diferenciación que se expresa a través del binomio colonización-colonialismo.

Entrar ahora en las precisiones conceptuales, por otra parte muy ilustrativas, de un debate que tanta tinta ha hecho correr, en especial

(4) Entre los primeros escritores post-revolucionarios que contemplan a los no occidentales — en realidad a los extraeuropeos — desde una perspectiva de superioridad vinculada a una organización política y una civilización más avanzadas se encuentra Johann W. GOETHE quien, no obstante la admiración que dice profesar por la literatura árabe y persa, no duda en desgranar opiniones tendentes a resaltar la crueldad, la deslealtad y el despotismo de estos pueblos en *Notas y disertaciones para la mejor comprensión del Diván de Occidente y Oriente*. Utilizo aquí la versión española incluida en *Obras Completas*, Recop., Trad. Prol. y notas de R. CANSINOS ASSENS, Madrid, Aguilar, 2003, Vol. IV, pp. 855 ss. Con posterioridad son muchos los literatos que desarrollan en Europa esta imagen de la confrontación con el indígena y desde todos los puntos de vista, desde el paternalismo al desprecio. En la época del imperialismo colonial, en Francia sobresale Jules Verne, que dedicó varias de sus novelas a estos asuntos, y en concreto a África, desde presupuestos colonialistas. En lo que respecta a la función de las sociedades geográficas, y a los exploradores en particular, es imposible no mencionar a sir Richard BURTON, cuyas obras, por otro lado excelentes, en especial *The Great Lakes of East Africa* y *First Footsteps in East Africa*, escritas entre 1856 y 1860, son todo un canto a la ocupación llevada a cabo « por un pueblo civilizado como el nuestro », ante la pereza, decadencia y el carácter taimado de los nativos africanos. Por su parte, la imprescindible implicación de la prensa en los asuntos coloniales fue unánimemente encomiada en *Congrès de l'Afrique du Nord tenu à Paris du 6 au 10 Octobre 1908*, T. I, Paris, 1909. Para una visión general, *vid.* E. M'BOKOLO, *Afrique centrale: le temps des massacres* y M. FERRO, *La conquête de l'Algérie*, ambos en M. FERRO, *Le livre noir du colonialisme XVIe-XIXe siècle: de l'extermination à la repentance*, Paris, 2003, pp. 577 ss. y 655 ss., a las que pertenecen las frases entrecuilladas del texto.

desde el inicio de la denominada *era de la descolonización*, sobreexcede con mucho el propósito de lo que aquí se persigue. Sin embargo, es de rigor recoger siquiera algún testimonio. Y de entre tantas que podían ser invocadas, me ha parecido pertinente seleccionar dos opiniones porque, en cierto modo, compendian las principales corrientes al respecto y, además, tienen el valor añadido de haber sido emitidas desde posiciones doctrinales y épocas diferentes: la primera, en el ocaso del colonialismo y, la segunda, avanzado el proceso de descolonización.

Así, en 1958, N. Coissoró, diferenciaba ambos conceptos contraponiendo la visión unitaria que suponía la colonización frente a la diversidad que conllevaba el colonialismo. No era una conceptualización gratuita, pues una de las formas que éste podía adquirir, en este supuesto el *colonialismo misionario*, le permitía justificar el aún vigente, alegando al respecto que «Europa tiene los derechos adquiridos en el Continente Negro tan fuertes como los de los indígenas» (5). Décadas más tarde, H. Arendt lo situaba directamente entre los totalitarismos y lo calificaba como la expresión más excelsa del capitalismo (6).

Se trata, como se advierte, de dos opiniones radicalmente contrarias pero, al mismo tiempo, sumamente elocuentes. A pesar de su divergencia, ambas sobreentienden la legitimación moral — fruto de esa moralidad neutra tan característica del liberalismo — que los europeos construyeron para justificar su expansión y que fue particularmente eficiente en los asuntos africanos. En este sentido conforman, asimismo, dos testimonios fehacientes de la pervivencia y adaptación de viejas ideas cuando la ocasión lo requería porque, en el fondo, tanto la defensa de Coissoró como la denuncia de Arendt tienen la referencia común de la *mission civilisatrice* conatural al *ius publicum europaeum* desde su nacimiento. Exactamente la misma a la que se refería C. Schmitt cuando, en su momento, la describía como la causa que, desde mediados del Siglo XVII, había sido utilizada para justificar la colonización europea durante el Antiguo

(5) N. COISSORÓ, *As estruturas básicas do fenómeno colonial*, en *Coloquios de política ultramarina internacionalmente relevante*, VII. Ministerio do Ultramar, Lisboa, 1958, pp. 7ss.

(6) H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*. Trad. Esp. 1ª 1974; 2ª 1981.

Régimen, al ser considerada como el justo precio a pagar por los beneficios de la civilización (7). En la medida que no solo no contradecía sino que podía convertirse en un respaldo eficaz de su elemento más característico, el librecambismo, con ese mismo significado fue adoptada con facilidad por el modelo estatal característico de ese periodo de *Paz armada* que transcurre entre 1870 y 1914, durante el cual, no por casualidad, tuvo lugar la gran ocupación colonial africana.

Es, esta última, una circunstancia de extraordinaria importancia, en atención a la profunda incidencia que esta teoría económica alcanzó a todos los efectos. Una relevancia que afectaba al ámbito interno — en el que reservaba al Estado la función exclusivamente ordenadora y garantista, pero con la taxativa proscripción de intervenir en las relaciones interpersonales por imperativo constitucional, imposibilitando así la más mínima consideración social — y aun con mayor intensidad en el internacional.

De hecho es el *leit motiv* de la *Reforma del Derecho de Gentes* que propugnaba Seebohm por esas fechas, en la que el libre comercio entre las Naciones civilizadas se conforma como la más importante ley natural que regulaba las relaciones de esta clase. Tal calificación no era sino la consecuencia lógica, decía, de un hecho evidente, el rápido incremento y la dispersión de « la población de la cristiandad civilizada por las regiones en las cuales los productos naturales son más baratos » porque « las sustancias necesarias para la vida tienden a su aumento en cantidad y a su disminución en precio » (8). Desde una perspectiva estrictamente economicista y bajo la confesada influencia de Malthus y A. Smith, no en vano los exponentes más representativos de dos de las más señaladas escuelas o tradiciones del nuevo Imperialismo, las palabras de este internacionalista resultan ilustrativas en extremo de un difundido discurso que compendia la quintaesencia de un Estado capitalista, llamado a operar como tal en el marco de las relaciones con los demás.

(7) C. SCHMITT, *Der nomos der Erde im völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Berlín, 1974. He utilizado la Trad. Esp. de D. SCHILLING THON, *El nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*. Madrid, 1979.

(8) F. SEEBOHM, *Reforma del Derecho de Gentes*. Trad. esp, Madrid, s.a, pp. 23 y 93.

Absolutamente convencido de que conseguir que tales relaciones se llevaran a cabo según los parámetros de un sistema no intervencionista era un reto que exigía uno de esos « grandes saltos por la vía de la civilización que la raza humana, constituida como está »⁽⁹⁾ tendría que dar inevitablemente en un corto plazo, Seebohm lo presenta como punto axial de la reforma que preconizaba, toda ella orientada a la defensa de la libertad de comercio y navegación.

En la práctica, tales libertades, contempladas desde la perspectiva desigual que aportaba la división del mundo entre países civilizados o no civilizados⁽¹⁰⁾, fueron el objeto preferente de los Tratados bilaterales y todo tipo de Alianzas o Ententes. Y por supuesto, lo fueron esencialmente de las grandes Conferencias ya aludidas sobre cuestiones africanas, marcando un antes y un después para este Continente. De esta manera, África se convirtió en un punto axial, en un tema estrella durante la era de los Imperialismos, cuya época dorada se iniciaba, aproximadamente, hacia 1870.

A este respecto, fueron la segunda Revolución Industrial y el nuevo modelo estatal surgido de la superación de las divergencias Estado-Sociedad como consecuencia de las presiones sociales, los factores determinantes de una colonización que el Derecho interno respaldaba a su más alto nivel en las propias constituciones, pues no en vano, como con acierto se ha dicho, si « la expansión colonial es una acción civilizadora, la difusión de la civilización pasa por la organización del dominio »⁽¹¹⁾. Y es que si la economía política y la teoría social se conjugaron para elaborar las bases de una moderna sociedad industrial que encontraba su desarrollo en la expansión colonial impregnada de un *ethos* capitalista, el derecho colaboraba haciendo que decisiones políticas que, en ocasiones, ni siquiera se adoptaban por los propios afectados europeos, alcanzaran rango jurídico a través de los ordenamientos internos e Internacional, consiguiendo así una suerte de legitimidad. En todo caso, esta fue la

(9) Ivi, p. 23.

(10) A. REMIRO BROTONS, *Civilizados, bárbaros y salvajes en el Nuevo Orden Internacional*, Madrid, 1995.

(11) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 3. La civiltà liberale*, Roma-Bari, 2001, p. 489.

manera por la cual « imperialismo y colonialismo se convirtieron en metáforas de las injusticias asociadas a la opresión histórica » (12).

2. *La estética de la moral liberal. Del cristianismo a la confrontación naturaleza-cultura en la legitimación de la discriminación racial.*

Desde esta aproximación, África ocupa un lugar especial. Porque, si bien es cierto que la Revolución Industrial del momento obligaba, como exponía Seebohm, a buscar nuevos y más competitivos productos, éstos, tras la independencia americana, necesariamente tenían que proceder de Asia, Oceanía y del Continente al que, hasta entonces, se había prestado muy poca atención. No obstante, la planificación de las operaciones en este inmenso mercado mundial obedeció a una estrategia perfectamente calculada que requirió tácticas diversas y adecuadas a cada zona. Y es que, frente a una América receptora de inmigrantes y una Asia calificada como el paraíso de la explotación y el comercio, África en modo alguno respondía a los requerimientos y expectativas que los europeos poseían de un lugar de asentamiento (13). Sin embargo, y precisamente por esta razón, fue un excelente laboratorio para comprobar los resultados de la aplicación de las ideas coloniales, diferentes en tantos sentidos a las preexistentes, durante el esplendor del imperialismo.

Lo fue, en primer término, porque, sobre todo en el África Negra, se recurrió al « colonialismo sin colonos », una concepción que descartaba la idea tradicional de la colonización como un fenómeno de asentamiento, en especial ultramarino, según se había practicado históricamente (14). Y, en segundo lugar, lo fue porque se llevo a efecto un « reparto sobre el mapa » que solo con posterioridad se transformó en una « partición sobre el terreno », en el que las fronteras, como resultado de una decisión política, crearon la

(12) B. SEMMEL, *The Liberal Ideal and the Demons of Empire. Theories of Imperialism from Adam Smith to Lenin*, The Johns Hopkins U.P., 1993, pp. 166 y 6 ss.

(13) H. L. WESSELING, *Divide y vencerás. El reparto de África (1880-1914)*, Ámsterdam, 1991; de la trad. Esp., Barcelona, 1999, p. 450.

(14) M. FERRO, *Le colonialism envers de la colonisation*, en FERRO, *Le livre Noir*, cit., pp. 10 ss., p. 11.

realidad africana en vez de respetarla ⁽¹⁵⁾. En la medida que facilitó — y por tanto, abarató — una conquista carente de guerras contra los nativos, esta última fue, seguramente, una de las decisiones más beneficiosas para los europeos. Sin embargo, no evitó conflictos entre los propios colonizadores, a través de enfrentamientos bélicos cuya mayor intensidad se produce, precisamente, durante ese período de *Paz Armada*. Conducidas por militares colonialistas por instigación de los gobiernos, tales enfrentamientos, por sí solos, conforman el ejemplo más cabal de hasta que extremo unos y otros habían asumido la máxima clausewitziana « la política es la inteligencia que dirige y la guerra solo el instrumento » que inspira todo este período, en el que la moderna teoría de la guerra es parte fundamental del Derecho Internacional ⁽¹⁶⁾.

Esta circunstancia pone de manifiesto el hecho de que la acción colonial es, sino el que más, uno de los factores más influyentes de las relaciones internacionales durante esa etapa. Consecuencia de una determinada opción política, tales relaciones estuvieron siempre condicionadas por la omnipotente presencia de *lobbys* y partidos coloniales, a cuyos intereses se plegaron todas las formaciones políticas, incluso las más progresistas. El caso del Partido Socialista francés, dirigido por Jaurés a caballo entre dos siglos, es ilustrativo en particular.

En este sentido, las aspiraciones de estos poderosísimos e institucionalizados grupos de presión se convirtieron en una cuestión estatal. Asumidas por los gobiernos de turno, son las auténticas inspiradoras de una acción política que propugnaba las intervenciones militares con el exclusivo propósito de reembolsar e incrementar

(15) WESS. ELING, *Divide*, cit., p. 444.

(16) « La política convierte el elemento abrumadoramente destructivo de la guerra en un mero instrumento », es otra de las célebres frases de karl von CLAUSEWITZ, en su obra *Vom Kriege*. Publicada en 1832 por su viuda, fue desde entonces el texto de estudio en las academias militares y de consulta para los Estados Mayores en todos los países occidentales y en Japón. Con su lectura estaban familiarizados, por tanto, los militares colonialistas. Uso aquí la versión española, *De la Guerra*. Madrid, Ministerio de Defensa, 1999, 2 vols. Las frases entrecomilladas corresponden al Libro VIII, cap. V. En este sentido resulta particularmente interesante al respecto M. HOWARD, *La influencia de Clausewitz*, Ivi, vol. I, pp. 51 ss., donde analiza las alternativas de esta teoría, sobre todo en Francia, a principios del S. XX.

sus empréstitos y obtener garantías para sus operaciones financieras. Ahí, precisamente, radica la principal diferencia con el colonialismo anterior, ya que, al contrario de sus predecesores mercantilistas, a los nuevos colonizadores no les interesaba tanto el poder como la acumulación. Para ellos, a quienes los fourieristas, no sin razón, denominaban *féodalité de finance*, el ejercicio directo del poder, que dejaron en manos de la aristocracia, jamás fue su objetivo principal, como tampoco lo fue la expansión territorial a menos que fuera estrictamente necesaria para sus operaciones financieras (17). Y en este propósito absolutamente prioritario, su programa, no obstante el manifiesto interés de presentarlo bajo presupuestos racionales y pacifistas, encontró un perfecto acomodo en una de las discriminaciones congénitas al sistema, el racismo. Un racismo que, en el aspecto que aquí interesa, muestra todas sus facetas en la forma en que se orientaron las relaciones internacionales y la política colonial, en particular la africana.

La naturaleza del mismo se identificaba con el incuestionable principio de la superioridad de la raza blanca. Aunque sus orígenes doctrinales se remontan a los grandes teóricos de los derechos universales del hombre, es decir, los ilustrados, cuyas ideas al respecto fueron convenientemente divulgadas por *L'Encyclopédie*, es sobre todo durante el Siglo XIX cuando se elevó a categoría científica. Gobineau en Francia y Haeckel en Alemania, entre otros, se preocuparon de extender este darwinismo social que llegó a ser un 'racismo colonialista', perfectamente adaptado a las exigencias y requerimientos de la expansión europea de ese momento (18). La

(17) FERRO, *Le colonialismo*, cit., p. 26; SEMMEL, *The liberal Idea*, cit., p. 13.

(18) El gobinismo, o teoría que el Conde Joseph Arthur de GOBINEAU desarrolló en los cuatro vols de su *Essai sur l'inégalité des races humaines*, aparecidos entre 1853-55, se basaba en la superioridad del hombre germánico y rubio sobre todos los demás y llegó a ser una base incuestionable para los sociólogos nacional-socialistas. Por su parte el biólogo Ernst Heinrich HAECKEL en *Generelle Morphologie der Organismen*, aparecida en 1866 hizo lo propio a través de la formulación de la ley biogenética que relaciona el desarrollo del individuo a la especie a la que pertenece desde una perspectiva darwinista que impediría, aplicada al ámbito social, una evolución similar a la de especies superiores. Son solo dos de los más destacados entre otros muchos que se dedicaron a 'demostrar' la superioridad de los europeos, y entre éstos, de unos más que otros. Una aproximación inteligente a este fenómeno que se remonta a la antigüedad en C. COQUERY-VIDROVITCH, *Le postulat de la supériorité blanche et de l'infériorité noire*, en

inferioridad no sólo del negro, sino de cualquier individuo extraoccidental, se impuso así como una afirmación absolutamente compartida, si bien se hacía necesario presentarla bajo una apariencia de moralidad.

El procedimiento utilizado al respecto resulta, cuando menos, sorprendente, porque, a pesar de la secularización a que se apelaba desde Westfalia y del indudable triunfo del humanismo, hasta el surgimiento del Imperialismo, no se dudó en recurrir al cristianismo como la única fuente de legitimación. De esta manera lo europeo — y, por extensión, lo occidental — quedaba plenamente justificado en el binomio cristiano-no cristiano que, hasta esa fecha y aún con posterioridad, separó Europa del resto del mundo. Lo vemos claramente reflejado en el Acta de la Alianza firmada en París el 26 de septiembre de 1815. En ella había quedado sentado para la posteridad que « una sola regla debía no obstante dictar la conducta de los soberanos en la administración de sus Estados y en sus relaciones políticas con los otros gobiernos, y esta regla estaba dictada por los preceptos de la religión cristiana » (19). Naturalmente fue una opción, además de calculada, extraordinariamente oportuna, ya que se utilizó para establecer una serie de imposiciones a la ya entonces en decadencia Sublime Puerta en relación a sus territorios europeos y a los súbditos de esta procedencia en el Imperio Otomano. Pero también es muy valiosa para comprender el apoyo prestado a los misioneros, en especial los Padres Blancos, no obstante las directrices que éstos tenían de no respaldar a ninguna Potencia europea en África (20).

Hacia mediados de Siglo, y sobre todo a partir de 1870, esta fuente de legitimidad perdió fuerza. Su lugar lo ocupó otro binomio, en este caso, la oposición *naturaleza-cultura*, en el que es imposible

FERRO, *Le livre noir*, cit., pp. 863 ss. y, muy en especial, COSTA, *Civitas*, 3, cit., cap. IX, sobre todo los epígrafes 1 y 2.

(19) E. NYS, *Le Concert Européen et la Notion du Droit International*, en « Revue de Droit international et de législation comparée (« RDILC ») », 1899, pp. 273 ss., p. 293.

(20) Estos, en efecto, tenían desde 1878 directrices destinadas a mantenerse al margen del proceso colonizador, en las que expresamente se decía que « la misión no consiste en la asimilación de los indígenas ni es una auxiliar de la colonización »: M. MERLE, *L'anticolonialisme*, en FERRO, *Le livre noir*, cit., p. 822.

no percibir la influencia del darwinismo social y la antropología física a las que, con frecuencia, se remitían algunos de los más conspicuos gobernantes del momento. El ejemplo de los *tories* ingleses cuando se referían con orgullo a los programas de reforma social llevados a cabo por la ‘raza imperial’ británica, es particularmente ilustrativo al respecto. Este, obviamente, es el lado ‘positivo’, porque la otra cara de la discriminación podemos observarla en el trato otorgado a los indígenas. A este respecto, resulta asimismo elocuente el caso de Marruecos, porque nos aporta un ejemplo evidente de cómo esta dualidad podía exportarse, naturalmente salvando las distancias, a países extraeuropeos por razones de conveniencia política. La exitosa diferenciación entre bereberes y *moros* (árabes), realizada por antropólogos y etnólogos, muchos de ellos militares, fue plenamente aceptada en los círculos continentales ⁽²¹⁾.

De todos modos, esta dualidad, más acorde con la mentalidad del periodo, no sólo se adecuaba a la perfección a la *misión civilisatrice*, como de una manera explícita reconocía el internacionalista H. Wheaton ⁽²²⁾, sino que respaldaba plenamente los presu-

⁽²¹⁾ A este respecto, Eduardo de LEÓN Y RAMOS, *Marruecos. Su suelo, su población y su derecho*, Novísima edición con ilustraciones, corregida y considerablemente aumentada. Madrid, 1915, escribía: «Moros son todos los marroquíes mahometanos» pero, añadía, «estrictamente son los moros españoles expulsados en 1492». Ellos eran los que, en su opinión, desempeñaban los principales cargos y habitaban en las ciudades. Tienen «buena presencia y porte majestuoso [...] (pero) sin cualidades morales». Por su parte los bereberes eran «altos [...] atrasados y de nula instrucción [...] de nivel intelectual y moral más bajo» que los anteriores. Dejando al margen la inferioridad moral que distanciaba a unos y otros de los europeos, ha de decirse asimismo que la diferencia establecida entre ambos en modo alguno es inocente. Los bereberes habitaban al Noroeste, eran rifeños y, en consecuencia, los que mayor y más larga oposición manifestaron a la presencia colonial, todavía muy viva en ese año y en los posteriores. Puede verse asimismo F. CARLANO MAS, *Raza árabe y raza berebere. Caracteres de las mismas*, en «El Protectorado Español», 20, 1926. La expresión ‘raza imperial’ y las referencias británicas en SEMMEL, *The liberal Idea*, cit.

⁽²²⁾ «Les progrès de la civilisation, fondés sur la religion chrétienne, nous ont insensiblement conduits à observer un droit analogue dans nous retations avec toutes les nations du Globe, quelle que sois leur foi religieuse et sans aucune réciprocité de leur part [...]. Cette observation se trouve confirmée par les changements qui sont récemment arrivés dans les relations chrétiennes de l’Europe et de l’Amérique et des peuples païens et mahométans de l’Asie et de l’Afrique. Ces peuples ont dans plusieurs circonstances manifesté l’intention de renoncer à leurs usages internationaux et

puestos raciales de superioridad a través de la extraordinaria versatilidad que ambos términos, naturaleza y cultura, poseían. En la práctica la inmensa potencialidad que para las aspiraciones colonialistas suponía, se llevó al límite de sus posibilidades a través de toda una simbología que arraigó en el imaginario popular por medio de sus manifestaciones artísticas, literarias y hasta de jardinería (23).

En el fondo, no es más que la versión acomodada a los tiempos de una discriminación congénita del sistema jurídico postrevolucionario, para el que *raza*, más que biológico, es un concepto social polivalente (24) vinculado a una idea de superioridad que desprecia, o teme, lo diferente. Con esos fundamentos, la mera consideración

d'adopter ceux des nations plus civilisées ». H. WHEATON, *Éléments du Droit International*, T. I, Leipzig-Paris, 1848, p. 24.

(23) En este sentido resulta interesante el artículo de C. FORD, *Nature, Culture and conservation in France and her colonies 1840-1940*, en « Past & Present a journal of historical studies », 183, 2004, pp. 173 ss., en el que la autora pone de relieve como las disposiciones, en este caso de carácter ecológico, tienen una marcada diferencia entre la metrópoli y las colonias africanas. Aunque ambas tratan de preservar la naturaleza, en éstas no existe el deseo de conservar su paisaje histórico ni tampoco, a diferencia de lo que ocurría en el territorio metropolitano, la economía rural. Se trataba solamente de evitar las consecuencias negativas de un impacto excesivamente virulento de la civilización sobre el medio natural y eliminar las consecuencias que ello había ocasionado en Europa.

(24) Cultura, como expone S. ELLIS, *Violence and History: a response to Thandika Mkandawire*, en « Journal of Modern African Studies », 41, 2003, 3, pp. 457 ss., es, sobre todo desde ese período, un término extremadamente versátil, cuyo significado cambia con el tiempo a voluntad del colonizador, de la misma manera que raza se convierte en construcción social que no tiene nada que ver con una categoría biológica aunque, fundamentalmente durante la época victoriana, se acudiera a argumentos de esta naturaleza proporcionados por una antropología social en sintonía con los intereses colonizadores y a la peculiar legitimación en nombre de la civilización. De ahí la interconexión entre ambos conceptos. De hecho, tal interconexión es la base de la « construcción social de la étnicidad », cuyas raíces se encuentran precisamente en la etapa que aquí interesa, en especial en las aportaciones de Le Bon, Husserl o Boas, para quien la humanidad no estaba diferenciada en razas, sino en culturas, teoría que, como se advierte, fue extremadamente conveniente y eficaz en la colonización africana del periodo imperialista, sobre todo a principios del Siglo XX y que, sin esfuerzo, puede verse su influencia entre los internacionalistas. A este respecto, A. CAMPBELL, *Privileging the primitive: African Ethnicity and the rehabilitation of the West.*, Londres, 1997; Id., *Ethical ethnicity: a critique*, en « The Journal of Modern African Studies », 35, 1997, 1, pp. 53 ss. y también, E. DOMMEN, *Paradigms of Governance and Exclusion*, Ivi, 3, pp. 485 ss.

de un tratamiento igualitario se convertía, como ya habían demostrado los ilustrados, en una auténtica *contradictio in terminis*.

3. *La aristocratización de las relaciones internacionales. El Concierto Europeo y la colonización africana.*

En todo caso, es ésta una posición en absoluto sorprendente si se tiene en cuenta la desigualdad que afectaba a los propios Estados en Europa. De hecho es la que está detrás de esa construcción tan característica que se denominó el *Concierto Europeo*. Un término éste que nació exactamente con el Tratado Chaumont el 1 de Marzo de 1814. Firmado por Austria, Gran Bretaña, Prusia y Rusia en vísperas de la derrota napoleónica, en él los signatarios se comprometían a « consacrer tous les moyens de leurs États respectifs à la poursuite vigoureuse de la présente guerre et les employer dans un parfait *concert*, a fin de procurer à elles-mêmes et à l'Europe une paix générale ».

Estas tan contundentes como conciliadoras palabras fueron, en realidad, el vehículo de introducción de la hegemonía de las Grandes Potencias que, como ya exponía Ernest Nys ⁽²⁵⁾, marca la historia europea de Ochocientos. Todo un sistema, en palabras de los internacionalistas Phillimore o Travers Twiss o, como con más realismo los describía T. J. Lawrence, « l'entente des grandes Puissances » ⁽²⁶⁾. En otras palabras, un club en el que el número de miembros no estaba predeterminado sino vinculado al cumplimiento de requisitos que, en rigurosa aplicación de la teoría malthusiana, estaban relacionados con la población, renta, ejército y en el que, obviamente, los asuntos coloniales tenían un interés de primera magnitud. De esta manera fue *Tetrarquía* a principios del Ochocientos, *Pentarquía* cuando a mediados se incorporaba Francia y, finalmente, *Exarquía*, cuando Bélgica postuló, en el Tratado de Londres de 1867, a Italia.

En cualquier caso, a partir del principio *Balance des Puissances* que ellas mismas habían introducido, se constituyeron, mediante la

⁽²⁵⁾ NYS, *Le concert*, cit., p. 276.

⁽²⁶⁾ T. J. LAWRENCE, *Essays on some disputed Questions in modern International Law*, 1885², pp. 193, y también Id., *Principles of International Law*, reprint, 1999.

actuación conjunta, como las verdaderas artífices de la política internacional — y aún nacional — del Continente. En este sentido, y como *Pentarquía*, invitaba en 1856 a la Puerta a « participar de las ventajas del derecho público y del Concierto europeo », un precario equilibrio, en palabras de Phillimore ⁽²⁷⁾, para cuyo mantenimiento hubo que hacer concesiones que afectaban directamente a la política colonial. Sobre todo en África, de cuyo reparto, no obstante las diferencias más que notables, nadie quedó excluido.

Con ello se creó una situación que influyó de una manera decisiva en el orden jurídico internacional. En 1899 el ya citado profesor y juez belga Nys la describía como un hecho pernicioso ya que, bajo esta denominación conciliadora, los Estados más poderosos no sólo pretendían dirigir los destinos de Europa ‘tout entière’, sino ejercer una « irresistible acción » sobre los otros Continentes, de la que solo Estados Unidos se escapaba pero, añadía, « subsiste para Asia y África ». A dos años de la conclusión de la primera Conferencia de La Haya, la mera existencia de esta circunstancia suponía, en su opinión, una flagrante ‘contradicción formal’ con la idea de comunidad con la que se habían identificado los Estados Europeos y que ahora estaba rota por la presencia del ‘cuerpo dirigente’ que, a lo largo del XIX, habían conformado las Potencias ⁽²⁸⁾. Tan sólo un año antes, en 1898, en la Lección inaugural de su Curso de Derecho Internacional en la Universidad de Atenas, G. Streit condenaba, con mayor vehemencia si cabe, el mismo fenómeno. Recordando a Treitschke — el primero que había denunciado ese carácter en la Sociedad de Naciones (*sic*) desde que, tras el fin de la Guerra de los Siete Años, las Potencias hegemónicas habían reclamado para ellas solas la resolución de las grandes cuestiones y conflictos —, el jurista hacía hincapié en la forma de ‘organización aristocrática’ que había adquirido la sociedad internacional para

⁽²⁷⁾ De hecho, la primera vez que se formalizó esta invitación fue por el Tratado de Londres de 15 de Julio de 1840, y las Potencias se comprometían a mantener la integridad del Imperio. En esa ocasión no asistió Francia, que sí lo hizo en el de París de 1856 y aún con posteridad por el de Berlín de 1871, en el que los europeos se comprometían a no modificar las cláusulas de los convenios anteriores, cosa que no ocurrió en absoluto. Sir R. PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, Londres, 1879³, vol. I, pp. 91 ss.

⁽²⁸⁾ NYS, *Le Concert*, cit., p. 276.

llegar a la penosa conclusión del profundo contraste que se producía entre las Grandes Potencias y los pequeños Estados ⁽²⁹⁾.

Como se puede observar, a pesar de su indudable fuerza y un más que considerable respaldo, tampoco faltó la oposición, al menos entre la doctrina. Sin embargo, no obstante su solidez y coherencia, las críticas eran minoritarias; además, por lo general, procedían de expertos identificados con los intereses de Estados no muy representativos. En todo caso, poco o nada podían afectar al mantenimiento de un *statu quo* que siempre podía encontrar amparo en el conocido recurso ilustrado de 'la naturaleza de las cosas'. Los interesados más implicados, no obstante, lo justificaron, en 'el ansia de paz' de una Europa hastiada de guerras, pero les fue imposible encontrar legitimación para la insalvable escisión entre Estados de primera y segunda categoría.

La dificultad principal, en opinión de Westlake ⁽³⁰⁾, estribaba en que esta separación sobre la que estaba construida la propia realidad internacional europea, únicamente podría remontarse mediante una crisis que permitiera la unión efectiva de los Estados para superar el procedimiento habitual que asignaba la decisión sobre los asuntos más graves al *Concierto* y la de los menos relevantes a los Estados excluidos del mismo. Una aspiración que entonces parecía totalmente inalcanzable en la medida que la propia práctica, a través de Tratados bilaterales y Alianzas triples o cuádruples, no solo la desmentía sino que fortalecía, precisamente, la posición contraria.

La verdad es que la explicación última de esta situación radicaba en la inexistencia de un punto de encuentro entre los principios teóricos que declaraban la igualdad de los Estados, defendidos por el Derecho Internacional, y el pragmatismo político que Tardieu expresaba con concisión en la ilustrativa y extremadamente precisa frase de que « pour les Nations, l'égoïsme est un devoir » ⁽³¹⁾. En el

⁽²⁹⁾ G. STREIT, *Les Grandes Puissances dans le Droit international*, en « RDILC », 32, 1900, pp. 7 ss.

⁽³⁰⁾ J. WESTLAKE, *Études sur les principes du Droit International*, London, 1894, Trad. E. Nys, p. 99. Para este autor, además, en Derecho Internacional la independencia de los Estados era un concepto negativo.

⁽³¹⁾ A. TARDIEU, *La Conférence d'Algerias. Histoire diplomatique de la crise marocaine (15 Janvier-7 Avril 1906)*, Troisième éd. Revue et augmentée d'un apéndice sur le Maroc après la conférence (1906-1909), Paris, 1909, p. 469.

momento en que fue emitida, principios del Siglo XX, no solo los políticos profesionales sino cualquier académico, habrían suscrito esa opinión sin objeciones de ningún género, porque, en realidad, se trataba de la proyección al ámbito internacional de la teoría del Estado dominante. Exactamente la misma que había arbitrado la diferencia constitucional entre ciudadanos activos y pasivos en el interior de cada uno de ellos por imperativo del omnipresente y omnicomprensivo individualismo que prevalecía sobre el principio de igualdad material en el ámbito interno y, en el externo, era incompatible con la idea tradicional de comunidad, al menos desde el punto de vista jurídico.

A este respecto, resulta elocuente la evolución del propio concepto de comunidad. Conocido y utilizado por los juristas, jamás tuvo un significado exacto desde el inicio de la época postrevolucionaria, ni en derecho constitucional ni en el internacional moderno, lo que resulta en verdad sorprendente para un sistema que se autorreconoce, en primer lugar, por la precisión del lenguaje. Antes bien, se fomentó en torno a él una aureola de ambigüedad que siempre resultó extremadamente eficaz, tanto para los teóricos como para los prácticos del Derecho.

Carentes, pues, de una definición, porque « corresponde a una realidad sociológica y política que es difícil de aprehender por el Derecho », pudo ser así usado en 1930 por el Tribunal Internacional de Justicia para calificar entidades políticas de carácter nacional según criterios etnológicos — raza, religión, lengua y cultura ⁽³²⁾ — y, en la época que aquí más interesa, por quienes, como el ya citado Nys, contemplaban la situación europea desde una perspectiva organicista que desmentía la práctica habitual. Pero Phillimore, Wheaton, F. de Martens o Calvo, por citar alguno de los más conspicuos internacionalistas de la época, tampoco renunciaron al uso de la voz comunidad, aunque sus presupuestos fueran radicalmente diferentes. De hecho, el concepto de éstos parece más bien la proyección al ámbito internacional de la idea republicana ilustrada que defendía el nacimiento simultáneo de la Sociedad y la Nación.

⁽³²⁾ N. MAZIAU, *La notion de communauté à la confluence du droit constitutionnel et du droit international des minorités*, en « Civitas Europa Revue Juridique de la Nation et de l'État en Europe », 2, 1999, pp. 42-3.

Una Nación, se entiende, que se había construido a partir de una serie de elementos que unían a la población de acuerdo a los parámetros de una etnicidad concebida en términos culturales y en la que, sobre todo durante la segunda mitad del Ochocientos, el capitalismo y la industrialización desempeñaron una función constitutiva ⁽³³⁾.

4. *Una cuestión de Títulos. El Concierto europeo y la nueva práctica colonial. La Teoría del Hinterland.*

Todos esos factores a los que se acaba de aludir no solo estuvieron presentes sino que fueron decisivos en la redacción de los instrumentos jurídicos que determinan la acción multilateral europea en África durante este periodo: las *Actas de la Conferencia de Berlín* de 26 de Febrero de 1885 y de *Bruselas* de 2 de Julio de 1890. Ambas reuniones se celebraron con la participación de todos los Estados soberanos de este Continente. Pero a ellas fueron también invitados el Emperador de los otomanos y el Presidente de los Estados Unidos, cuyos delegados aparecen asimismo como signatarios de unos documentos que pueden considerarse como el ejemplo más cabal de hasta que extremo el Derecho Internacional se había plegado a los requerimientos del imperialismo colonial.

Porque ni sus grandilocuentes títulos ni la explícita remisión a la igualdad de banderas, personas y bienes, incluso a efectos fiscales, ni las invocaciones a fijar « las condiciones más favorables para el desarrollo del comercio y la civilización » o la preocupación por aumentar « el *bienestar moral y material* de las poblaciones indígenas » que figuraban en el encabezamiento, pudieron ocultar los verdaderos fines. Dos de ellos, declarar la libertad de comercio y navegación de los ríos Congo y Níger y garantizar la neutralidad de zonas consideradas, desde el punto de vista colonial, de alto valor estratégico, como era la cuenca convencional del Congo, resultan especialmente ilustrativos ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ G. DELANY, P. O'MAHONY, *Nationalism and Social Theory*, London, 2002, pp. 9 ss.

⁽³⁴⁾ El instrumento final de Bruselas llevaba por título *Acta general de la Conferencia de Bruselas para reprimir la trata, proteger las poblaciones aborígenes de África*

En este orden de cosas, el *Acta* de Berlín es, desde luego, fundamental, en particular por el extraordinario valor de la *Declaración* que se recogía en sus artículos 34 y 35. En teoría, no eran más que requerimientos formales aplicados a la adquisición de territorios en la costa africana pero, en la práctica, sus propósitos fueron muy diferentes.

En efecto. Ambos artículos, que al parecer fueron el fruto de una transacción entre las propuestas inglesas y alemanas, después de un enfrentamiento en el que el delegado norteamericano solicitó que se atendiera la conformidad de los indígenas — consideración, por cierto, que no se aplicaba en su propio país —, establecían como obligación la efectividad de la posesión y la notificación a las potencias de los territorios conquistados. En el caso del *hinterland*, sin embargo, era suficiente con la notificación.

Es necesario tener en cuenta, con respecto a este último, que se trata del que, posiblemente, es el concepto más voluntariamente impreciso creado por el Derecho internacional de la época para

y asegurar a dicho Continente los beneficios de la paz y la civilización. Su contenido, sin embargo, es bien distinto, porque si bien es verdad que presta atención a la trata en su origen y al comercio de armas en los 29 primeros artículos, también lo es que las condiciones impuestas a los indígenas a través del reglamento regulador de las « reglas para la concesión del pabellón a los buques indígenas, el rol de la tripulación y la declaración de pasajeros negros » que el *Acta* incorporaba a partir del artículo 30, son manifiestamente discriminatorias. En este sentido son un claro desmentido del propósito declarado en el preámbulo acerca de « la igualdad de banderas, personas y bienes », que naturalmente, estaba pensado sólo en beneficio de los colonizadores y en conformidad a los presupuestos coloniales de este imperialismo. Un desmentido ratificado, además, por la Declaración final, destinada a garantizar la libertad de comercio en la « cuenca convencional del Congo » — es decir, el África Tenebrosa — que venía a consolidar lo acordado en otras Conferencias anteriores, en particular la aludida de Berlín, donde se sentaron las auténticas bases de la colonización africana. Unas bases que, no obstante la operación de maquillaje a través de diferentes convenios de dudosa aplicación — como esa *Convención para conservar la fauna africana* de 19 de mayo de 1900, p.e., — permanecerán vigentes durante largo tiempo. Incluso tras la constitución de la Sociedad de Naciones, entre cuyas decisiones estuvo la constitución de una Comisión permanente de Mandatos (aprobada por el Consejo el 29 de Noviembre de 1920) y la cesión a Francia, en calidad de mandataria, de las antiguas posesiones alemanas en el sudoeste del Continente, así como el reparto con Gran Bretaña de los territorios ribereños del Golfo de Guinea, todo ello llevado a cabo desde julio de 1919. Los textos en CORDERO, *Textos básicos*, I, cit., pp. 91-172 y 333-350, respectivamente.

responder a las acuciantes demandas de ese « colonialismo sin colonos ». Y es que, además de ser uno de los aspectos más característicos del periodo, esta práctica, por su novedad, está en el origen de dos de las más versátiles y, en consecuencia, eficientes, construcciones jurídicas, las llamadas *esfera de influencia* y *esfera de interés*. Pilares reconocidos de la expansión colonial desde su aparición, su apoyo decisivo en la colonización africana en general, y del África Blanca en particular, está fundado en el hecho de que las dos facilitaban la explotación directa o indirecta de los territorios, circunstancia sobre la que se fundamenta la diferencia entre ellas. Y así, en tanto que la segunda consistía en un derecho de utilización abusiva de las fuentes primarias y materias primas con fines mercantiles, la *esfera de influencia* tenía un contenido claramente político, en la medida que suponía, al menos, un cierto grado de intervención en los asuntos de esta clase.

Desde el punto de vista jurídico, en teoría, al igual que en la práctica, las dos no eran más que el resultado de un acuerdo por el que un Estado podía excluir a los demás de un territorio, al que se consideraba particularmente importante por su posición estratégica o militar. Esta es la razón por la que la doctrina dominante, en especial la inglesa y francesa ⁽³⁵⁾, consideraba a este acuerdo como *res inter alios acta*, cuya finalidad era la de evitar conflictos entre los colonizadores. La manera de alcanzar este objetivo prioritario consistió en arbitrar sendos mecanismos jurídicos, la así denominada *zona neutra* — « expresión muy impropia », como afirmaba Nys ⁽³⁶⁾ — que estaba exenta de la ocupación, y el *Hinterland*, al que los anglosajones de entonces, quizá por su proverbial rivalidad con los alemanes, denominaron *back country*.

En sentido estricto, el *Hinterland* era el territorio fijado por un tratado internacional, a partir de líneas topográficas, sobre el que un Estado tiene derecho absoluto y, en consecuencia, excluye a los

⁽³⁵⁾ Entre otros, p. e., Ed. ENGELHARDT, *Étude sur la déclaration de la Conférence de Berlin relative aux occupations*, en « RDICI », 1886; L. DEHERPE, *Essai sur le développement de l'occupation en Droit International, établissement et déformation de l'oeuvre de la Conférence de Berlin*, Paris, 1903; SIR A. LYALL, *Rise and Expansion of British dominion in India*, 1904³, reimp. seip., 1999.

⁽³⁶⁾ NYS, *L'acquisition du territoire et le Droit International*, I, en « RDILC », 1905, pp. 52 ss.

demás. Pero lo cierto es que permitía la prolongación al interior en la dirección que determinaban los geógrafos y sin más límites que los de otro Estado en la misma situación. Es decir, no era una ocupación de hecho, sino un derecho a la misma, que podía producirse o no, pero llevaba implícito el beneficio de eliminar las expectativas de terceros. Ahí radicaba la causa por la que se conformó como uno de los procedimientos más caros a ese colonialismo de carácter financiero, para el que era válido todo cuanto significara reducción de costes, una aspiración que se vio totalmente ratificada por los mencionados artículos de la Declaración final del *Acta* de la Conferencia de Berlín, cuyas implicaciones fueron considerables. De hecho, supusieron el nacimiento y la consagración de la así llamada Teoría del *Hinterland* y, con ella, el ocaso de los fundamentos jurídicos que habían legitimado una larguísima práctica colonial.

Contemplada desde el ámbito de la técnica jurídica, la teoría supone una impecable adaptación de la construcción de la propiedad, tal y como los civilistas la contemplaban en el derecho privado, al campo del Derecho Internacional, donde el dominio se concebía igualmente como el resultado de la conjunción de dos factores, el hecho y la intención. Resultaba así que el descubrimiento, por sí solo, únicamente producía un derecho estricto a la posesión (*incoatle title*) que precisaba ser reforzado por la autoridad pública internacional para convertirse en efectivo (*effective title*). La implantación de esta modalidad, cuya adopción distó de ser pacífica, se justificó en la protección del derecho natural que tiene un Estado, al igual que cualquier individuo con sus pertenencias, a no ser perturbado en sus territorios por otros terceros. De esta manera, presentándolo como una suerte de garantía, el título original, vinculado a la posesión, que era imperfecto, se perfeccionaba a través de la notificación a las Potencias ⁽³⁷⁾.

Sin embargo, esta construcción teórica, en la práctica alcanzó consecuencias enormes. En primer lugar porque, al primar la notificación sobre el *incoatle title*, se hacía prevalecer un aspecto estrictamente procedimental formal sobre los derechos — ocupación, sucesión, anexión, prescripción — que habían conformado la piedra angular de la colonización tradicional hasta ese momento. Ocurría

(37) PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., 324 ss.

que ésta, relacionada con la explotación directa, ya no se adecuaba a las necesidades de un colonialismo de carácter decididamente financiero, vinculado a las exigencias de la Segunda Industrialización que, por imperativos presupuestarios, había optado definitivamente por « la colonización sin colonos ». Pero, por encima de todo, esta obligación — producto al fin de la *Balanza de Poderes* —, dejaba a salvo la preeminencia incontestable del *Concierto*, es decir, esa institución política que, como se decía, no era más que un ‘instrumento de opresión’. A través de él, sin embargo, las decisiones al respecto de las grandes potencias europeas, sobre las que descansaba en buena parte su propia existencia, resultaban intangibles, no obstante las denuncias que se habían formulado contra su ilegitimidad en el ámbito internacional ⁽³⁸⁾.

5. *El Ordenamiento jurídico Internacional: entre el Equilibrio Europeo y la expansión colonial.*

Precisamente, la salvaguarda de esta *Balanza de Poderes* es uno de los objetivos primordiales del Derecho Internacional Público durante esa nueva etapa que, en su propia Historia, se había inaugurado tras la derrota de Sedan. Un derecho cuya naturaleza ha sido calificada recientemente de ‘monista’ ⁽³⁹⁾, por cuanto suponía la homogeneidad de sistemas — el internacional y el interno — y de valores para conformar una suerte de unilateralismo, y cuyos sujetos eran exclusivamente los Estados contemplados desde una perspectiva individualista.

Se trataba, en consecuencia, de un derecho de gentes que, como escribía en 1868 W. Beach Lawrence, « supone la existencia de una comunidad de naciones que tienen entre ellas relaciones parecidas a las que existen desde el origen de la sociedad entre los individuos del mismo Estado » ⁽⁴⁰⁾. Una concepción como ésta, resultaba alta-

⁽³⁸⁾ Son particularmente duras las de NYS, *Le concert*, cit., pp. 312-13.

⁽³⁹⁾ E. WYLER, *L'internationalité en Droit International Public*, en « *Revue Générale de Droit International Public* », 2004, 3, pp. 642-43.

⁽⁴⁰⁾ W. BEACH LAWRENCE, *Commentaire sur les éléments du Droit International et sur l'Histoire des progrès du Droit des Gens de Henry Wheaton*, 2 T., Leipzig 1868-69, T. I, p. 108.

mente conveniente porque, si por un lado le reconocía una mayor solidez que durante la anterior etapa que se había iniciado con el Congreso de Viena, por el otro, limitaba la aplicación del mismo a Europa y, por extensión, al Occidente civilizado. Desde esta perspectiva, podía cumplimentar las dos funciones que se esperaban de él, tanto en relación con las cuestiones propiamente europeas como en los asuntos coloniales.

En el primero de los supuestos, fue absolutamente imprescindible para el mantenimiento del *Equilibrio*, acerca del cual, ya por esas fechas, Vergé explicaba que no se basaba sobre la identidad de creencias o leyes sino sobre « la solidaridad de los intereses (y) sobre la necesidad común de seguridad » (41). Es decir, sobre exactamente los mismos presupuestos garantistas de ese modelo estatal capitalista que, también por entonces, comenzaba su singladura. En este sentido, el Derecho Internacional del periodo no es más que, como también se dice, el reflejo del derecho público interior.

Lo es desde el punto de vista de los objetivos, « los intereses económicos y comerciales » que, ahora, prevalecían —aunque no hasta el punto de descartarlos completamente— sobre los religiosos, las aspiraciones morales e intelectuales, incluso sobre el ‘parentesco de raza’, y conformaban el fundamento de la acción política interna e internacional (42). Y lo es, asimismo, por los sujetos, los Estados, que se muestran como una proyección del sujeto individual al ser calificados como ‘personas morales’ (43). A la postre, como

(41) *Précis du Droit des Gens moderne de l'Europe* par G.-F. de MARTENS, augmenté des notes de PINHEIRO-FERREIRA, précédé d'une introduction et complété par l'exposition des doctrines des publicistes contemporains et suivi d'une *Bibliographie raisonnée* du Droit de Gens par M. Ch. VERGÉ, Paris, 1864², t. I, p. XIII.

(42) F. de MARTENS, *Tratado de Derecho Internacional*. Prolog. y notas de Joaquín FERNÁNDEZ PRIDA, 3. T. Madrid, La España Moderna, s.a., T. I, pp. 32-3.

(43) WHEATON, *Éléments*, cit., t. I, p. 30. El que los Estados y sólo ellos eran sujetos de Derecho Internacional es una verdad incuestionable para la doctrina mayoritaria de la época. A este respecto, debe sin embargo decirse que muy pocos cuestionaron este principio y, entre ellos, destacan algunos internacionalistas italianos. Tal es el caso de Eduardo CIMBALI, quien en diversos lugares de su extensa obra reivindica la subjetividad de los pueblos. Así en *Dal vecchio al Nuovo Diritto Internazionale* (Prolusione al corso di ordinario tenuta il 30 novembre 1912 nella R. Università di Sassari), Roma, 1913. Ahí, en efecto, con su característica y aguda vehemencia, exponía entre otras notables observaciones « [...] tutto il dominante Diritto internazionale non è che

declaraba F. de Martens, en esa etapa de ‘regularización’ de las relaciones internacionales, los principios básicos de este derecho estaban condicionados por el « dominante principio de las nacionalidades », identificado única y exclusivamente con la organización estatal ⁽⁴⁴⁾. Por consiguiente, debía poseer un territorio y disfrutar de soberanía.

Estos requisitos *sine qua non* del Estado, fueron los elementos fundamentales para el ordenamiento internacional y, en lo que aquí interesa, cumplieron la función primordial de descartar del círculo de las ‘naciones civilizadas’ a aquellas que no reunían esos caracteres irrenunciables de la forma política estatal. De esta manera, el territorio así considerado (*certam sedem*), permitió la incorporación de enormes zonas que no revestían esa característica por los mismos procedimientos de adquisición de la propiedad que los reconocidos por el Código Civil, incluso después de la aparición de la Teoría del *Hinterland*, para la que eran un paso previo. Pero este hecho, que era un requisito imprescindible para establecer el dominio y se adecuaba a la perfección a las teorías política y constitucional del momento, sirvió igualmente para diferenciar las posesiones metropolitanas de las coloniales. Porque, a pesar de que se estimaba que el Estado comprendía todas las posesiones de la Nación « incluidas las colonias más distantes » ⁽⁴⁵⁾, éstas, por imperativo constitucional, se sometieron a un régimen jurídico diferenciado que el propio Derecho Internacional, del que eran objeto indiscutible, respaldaba a través del derecho colonial.

Es ésta una situación que está directamente relacionada con la doble consideración que los internacionalistas percibieron en la soberanía. Concebida, según lo habitual, como poder supremo, existía sin embargo para ellos una interior que pertenecía a la

tutta una sistematicamente servile, indecorosa ed antiigiuridica acquiescenza a tutti indistintamente i fatti della vita reale degli Stati [...] noi non abbiamo ancora il vero e proprio Diritto internazionale; il Diritto internazionale protettore dei diritti dei popoli ». Años más tarde, y ya con la Sociedad de Naciones por medio, D. ANZILOTTI, *Corso di Diritto Internazionale (Introduzione — I soggetti — gli Organi)*, Roma, 1923, pp. 67 ss. introducía inteligentes críticas a esta doctrina positiva señalando el doble error que la consideración exclusiva de los Estados como sujeto conllevaba.

⁽⁴⁴⁾ MARTENS, *Tratado*, I, cit., pp. 185-87.

⁽⁴⁵⁾ PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., p. 78.

Nación y había sido conferida a los respectivos gobiernos por las Constituciones, y una exterior, que se manifestaba en la independencia de cada formación política frente a todas las demás ⁽⁴⁶⁾. Resultado de una inteligente adaptación de la teoría constitucional al respecto ⁽⁴⁷⁾, esta elaborada construcción aportó soluciones óptimas para lo que entonces se demandaba. En el plano teórico, destaca sin duda la diferenciación entre Derecho Internacional Privado — *ius gentium privatum* —, orientado a la protección de intereses y resolución de conflictos entre individuos y el *ius gentium publicum* o, más propiamente, *ius inter gentes* — en el que *gens* es aquí sinónimo de Nación y, por extensión, Estado — Nación —, cuyo objeto consistía en la regulación de lo propio «entre comunidades o Estados» ⁽⁴⁸⁾.

En ambos supuestos quedaba claro que ese Estado-Nación, como persona moral, era el sujeto por excelencia. Es esto, precisamente, lo que le confiere esa peculiaridad eurocentrista tan característica, como ya advirtió en su día el privatista holandés Jitta. Y es que al partir de la, por otra parte nada ingenua, tesis savigniana de la ‘comunidad de Naciones’ en lugar de una ‘comunidad de hombres’, continuaba plenamente vigente también la opinión del jurista alemán que defendía que, en relación con estos asuntos, «es preciso determinar cada relación jurídica con arreglo a su propia naturaleza, el territorio a que pertenezca y a cuyo derecho está sometida» ⁽⁴⁹⁾. Llevada a sus últimas consecuencias, es el argumento que permitió el respeto a las posesiones de los colonos europeos — no así de los indígenas — aunque el territorio pasara a depender de otro Estado

⁽⁴⁶⁾ WHEATON, *Éléments*, I, cit., p. 34 o VERGÉ, *Précis*, cit., p. 102, entre otros. En realidad, *mutatis mutandis*, era la versión internacionalista de la dualidad titularidad-ejercicio de la soberanía que afectaba a la propia teoría constitucional.

⁽⁴⁷⁾ Una reciente contribución sobre la interpretación de la misma en la época inmediatamente precedente, es decir, el período que los internacionalistas sitúan entre el Congreso de Viena — 1815 — y la guerra francoprusiana — 1870 —, en I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *El pensamiento político-constitucional de Álvaro Flórez Estrada a través de la prensa*, en J. VARELA SUANZES-CARPEGNA (Coord.), *Álvaro Flórez Estrada (1766-1853) política, economía, sociedad*, Junta General del Principado de Asturias, 2004, en especial, pp. 227-8.

⁽⁴⁸⁾ PHILLIMORE, *Commentaries*, IV, cit., p. 6.

⁽⁴⁹⁾ J. JITTA, *Método de Derecho Internacional Privado*, Trad. J. F. Frida, Madrid, La España Moderna, s. a., p. 121.

y, mediante un exagerado uso de la analogía, la causante de las notables diferencia entre las formaciones políticas — europeas o no — en virtud de la aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado o Público, respectivamente.

En este sentido, si bien es cierto que nunca hasta entonces había sido este último tan efectivo, lo es asimismo que esta efectividad radica en la fuerza de los sujetos. No es casual que sea por entonces cuando la denominación Derecho Internacional — de origen benthamiano — desplace casi definitivamente a la anterior Derecho de Gentes. A este propósito, todos los autores coincidían en reclamar y dar por sentado que se trataba de un derecho positivo, conclusión que algunos apoyaban con el argumento de que a él debía su nacimiento el sistema europeo, basado en la solidaridad estatal que se reflejaba en « la protección de los débiles y el freno de los poderosos »⁽⁵⁰⁾. Pero sus más fervientes defensores, al tiempo que reconocían este hecho, no dudaban en señalar los perjuicios que se derivaban para el mismo de la existencia del *Concierto*, cuya exclusiva legitimidad se encontraba en « aquella suerte de contrato » que las Potencias habían firmado en vísperas de la derrota napoleónica de 1814 con la finalidad de garantizar la paz⁽⁵¹⁾.

Un contrato que, en su condición de personas morales — y, por consiguiente, con análogos derechos y deberes que los individuos⁽⁵²⁾ —, ciertamente podían contraer los Estados, aunque su objeto fuera el *Equilibrio Europeo*, cuyos dudosos principios eran cuestionados por algunos juristas. Preguntándose acerca de los mismos, Pinheiro-Ferreira llegaba a la conclusión de que no era más que « un pretexto inventado por ciertas Potencias » para justificar de una manera plausible el mantenimiento de la dependencia general, porque « los celos, añadía, las empujaban a oponerse a la prosperidad de cada Nación rival ». Ahí, además, radicaba la razón por la que era imposible no encontrar más principios fijos en las relaciones que los pueblos europeos mantenían entre sí que las convenciones firmadas por sus gobiernos y que el Derecho Internacional, desde luego, reconocía, resultando así que, al final « cada uno

(50) VERGÉ, *Le Droit de Gens avant et depuis 1789*, en *Précis*, cit., p. LIV.

(51) *Ivi*, p. XVII.

(52) PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., pp. 3 y 5.

entiende la palabra Equilibrio de una manera diferente » (53), en conformidad a sus respectivos intereses.

En buena parte, esta solución venía de suyo desde que G. F. Martens — el Martens de Gotinga — había separado la moral del derecho mediante una exitosa aplicación de la teoría humeana al respecto. O, para expresarlo con más exactitud, entre la moral universal procedente del Derecho Natural y la que regía las relaciones internacionales en su tiempo (54). Con ello se había introducido una ruptura entre el deber ser, representado por los principios *iustnaturalistas* que preconizaban la igualdad universal, y el ser del Derecho de Gentes o Derecho Internacional contemporáneo — en palabras de Austin, Derecho Internacional Práctico — de carácter más restrictivo y mucho más respetuoso con los intereses de las Potencias (55).

En cualquier caso, esa era la base desde la que, en primer lugar, se había defendido que sólo podían ser sujetos del Derecho Internacional los Estados dotados de territorio y una soberanía interior plena; una opción muy conveniente porque permitió introducir esa primera diferenciación entre los soberanos y los semisoberanos, es decir, aquellos en los que un Estado tiene el derecho de intervenir en el gobierno interior de otro o en sus relaciones exteriores (56). Pero, por encima de todo, es de ahí de donde surge un eurocentrismo que inunda las relaciones internacionales de Europa con el resto del mundo y que la doctrina respaldaba con entusiasmo.

Los ejemplos de este mismo G. F. Martens, para el que no existían más sujetos que las formaciones políticas europeas, o de su homónimo F. Martens que, en una indirecta alusión a Asia y África, excluye de manera radical a las tribus nómadas, las asociaciones y los Estados orientales, sobre los que expresamente decía que « tampoco pueden ser considerados como personas internacionales » (57), son

(53) PINHEIRO-FERREIRA, *Notes L. IV, cap. I du Droit de Gens de G.F. Martens*, en *Précis*, cit., pp. 325-26, y VERGÉ, *Le Droit de Gens*, cit., p. 10.

(54) G.F. MARTENS, *Droit des Gens moderne de l'Europe, Introduction*, 1, en *Précis*, cit., pp. 31 ss.

(55) BEACH LAWRENCE, *Commentaire*, cit., I, p. 109.

(56) PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., p. 81; VERGÉ, *Précis*, cit., p. 97.

(57) Lo que hacía a partir de la separación entre Estados simples y compuestos. F. de MARTENS, *Tratado*, I, cit., p. 292.

elocuentes en extremo. Frente a ellos, incluso las opiniones de Phillimore o Wheaton, no obstante la identidad de fondo, pueden resultar incluso más suaves, sólo por la manera en que están expresadas ⁽⁵⁸⁾.

El autor más explícito a este respecto es, sin embargo, Lorimer, que expuso con inusual crudeza lo que era un pensamiento generalizado y, por ello, adquiere una significación especial para el objetivo de este trabajo. En este sentido, no oculta que su obra, en la que los argumentos jurídicos rivalizan en importancia con una acreditada y asumida recepción del darwinismo social y de las cuestiones más controvertidas de la antropología física tan en boga en Inglaterra, está claramente dirigida a responder a los requerimientos más acuciantes del sistema colonial en vigor.

De hecho, había sido concebida para dar respuesta a una interrogante inicial y bien significativa: « las agrupaciones enteras de pueblos cuyos tipos no poseen un valor moral idéntico al que caracteriza nuestro genio étnico ¿tendrán el derecho de ser reconocidos por las Naciones de Europa Occidental? ». Considerando, con razón, que el reconocimiento es el que otorga el *status* de sujeto en el Ordenamiento internacional, desde la autocomplaciente posición que le confería pertenecer a la una raza blanca e imperial, distinguía al efecto tres grados o planos en el mismo que, de ser aceptados, resolverían por sí solos las cuestiones conflictivas. Existía así, en primer término, el pleno, que se reservaba a todos los Estados europeos, las colonias pobladas por europeos y los « pueblos americanos emancipados »; en segundo lugar, el parcial, del que disfrutaban Turquía y « los Reinos históricos de Asia que son independientes » — Persia, China, Japón y Siam —; y, finalmente, el

⁽⁵⁸⁾ PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., p. 83, recurre al argumento aristotélico de la causa y expone que « las sociedades unidas *scelleris causa* [...] *civitatem nont faciunt* » y, en consecuencia, no revisten forma estatal. Por su parte WHEATON, tras asumir la definición de VATTTEL « toda Nación que se gobierna ella misma, cualquiera que sea la forma que adquiera este gobierno y no es dependiente de ningún Estado extranjero, es un *Estado Soberano* (cursiva texto) », mantiene, sin embargo, que existen Estados Soberanos y Semisoberanos en Europa, Estados Tributarios en el Norte de África y Tribus, que él, en su condición de norteamericano, identifica con los indios de este país. *Éléments*, I, cit., pp. 43 ss.

« natural o simplemente humano », que se aplicaba al resto de la humanidad ⁽⁵⁹⁾.

Como puede observarse, ni uno sólo de los países africanos está comprendido en cualquiera de las tres modalidades de un reconocimiento que, como él mismo admitía, era ante todo un acto derivado del acuerdo previo de las Grandes Potencias y, por ello, motivo de recelo entre « las Naciones de segundo orden » ⁽⁶⁰⁾. Lo que, en efecto, ocurría con relativa frecuencia, generando entonces esos permanentes momentos de inestabilidad que, durante el Ocho-cientos, pusieron en peligro la frágil estabilidad del *Equilibrio* europeo.

En cualquier caso, lo cierto es que las tesis de Lorimer no fueron un mero planteamiento teórico. Las relaciones de Europa con los Estados Latinoamericanos, ninguno de los cuales —a diferencia de Estados Unidos— fue invitado a las grandes Conferencias de la segunda mitad del Siglo y recibieron un trato claramente discriminatorio en las de La Haya, a pesar de ser éstas consideradas como la fuente más importante del Derecho Internacional en la época, son un testimonio representativo al respecto. Con todo, aun lo son con mayor intensidad las que se entablaron con la Sublime Puerta, ya que, no obstante estar reconocida en los planos político y doctrinal como un Estado, nunca dejó de serlo *sui generis*. La causa era bien sencilla: desde la perspectiva eurocéntrica, los emperadores otomanos eran titulares de *suzerainité*, una ‘especie de supremacía’ que los diferenciaba con nitidez de la soberanía propia de los Estados europeos, incluida Rusia.

En este sentido, la interesada invitación que se le había cursado para disfrutar de las ventajas del Derecho Público de las Naciones civilizadas — que se manifestó por vez primera en la Convención de Londres de 15 de Julio de 1840, cuyo objeto consistía, precisamente, en la conservación de la integridad e independencia del Imperio otomano y en la que, con excepción de Francia, habían participado todos los Estados —, únicamente fue promovida « como una segu-

⁽⁵⁹⁾ J. LORIMER, *Principios de Derecho Internacional*, Versión castellana de A. L. López Coterilla, Madrid, 1888, pp. 64 y 68 ss., respect. El traductor de la versión francesa, *Principes de Droit International*, Bruselas, 1890, fue el propio Ernest Nys.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 72.

ridad para la paz de Europa », según se declaraba abiertamente en la época ⁽⁶¹⁾. Un loable objetivo sin duda, pero que, asimismo, sirvió a los europeos para ir apropiándose de los territorios turcos con total impunidad desde que, en 1819, Gran Bretaña obligó a la Puerta a reconocer su protectorado sobre las islas Jónicas.

6. *'Una cierta nemesis'. Europa y el Norte de África.*

La desigualdad aparece así como la primera y más relevante característica del Derecho Internacional positivo o práctico, respaldada, salvo unas pocas, y más bien testimoniales, excepciones — de las que Cimballi es el ejemplo más coherente —, por la generalidad de la doctrina. En realidad, ésta se limitó, al igual que en otras muchas ocasiones, a apoyar de manera incondicional una práctica que infringía abiertamente el principio de igualdad decretado por Derecho Internacional universal, con el argumento de que se trataba de una igualdad formal que en modo alguno contradecía la desigualdad material derivada del poder, riqueza y número de habitantes. En consecuencia, el hecho, se decía, de que no fuera respetado estrictamente « no altera en nada la fuerza del principio » ⁽⁶²⁾.

Mirándolo bien, este razonamiento no es más que la exacta traslación al ámbito internacional de la teoría que justificaba las discriminaciones en el interior de cada Estado, cuyas diferencias sociopolíticas se proyectaban así a un plano supraestatal. Aplicada al colonial, estas desigualdades se exasperan por la presencia de un racismo construido desde criterios étnico-culturales que se utilizó eficazmente para eliminar, no ya material sino incluso formalmente, del disfrute de las normas del Derecho Internacional a todos aquellos que no formaran parte de la civilización Occidental.

Sin embargo, incluso desde esta posición, el caso de Marruecos presentaba unas dificultades intrínsecas para los gobiernos europeos. Y es que, desde un punto de vista estrictamente colonial, pertenecía al África Blanca, era un Reino independiente y, sobre todo, sus relaciones con las formaciones políticas occidentales tenían una larga tradición. Es decir, ni siquiera se encontraba en la situa-

⁽⁶¹⁾ PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., p. 91.

⁽⁶²⁾ F. de MARTENS, *Tratado*, I, cit., p. 359.

ción de tributario o vasallo que los Estados de Berbería –Trípoli, Argelia o Túnez — mantenían con la Puerta otomana. Una condición, por cierto, que, para internacionalistas como Bynkershoek o Wheaton, no impedía que pudieran « reclamar los mismos derechos que los Estados independientes » (63). En este supuesto, la circunstancia de que esta posición fuera en contra de la teoría general y práctica habitual al respecto y el hecho admitido de que el Imperio Otomano formaba un único Estado dividido en *Eyalets* en África, Europa o Asia de los que esos tres formaban parte (64), no se consideraron, en esta ocasión, motivos suficientes para impedir la infracción de una de las más importantes proscripciones del Derecho Internacional vigente. Por el contrario, resultaron altamente beneficiosas y, en realidad, fue el primer y necesario paso, para justificar la anexión de esa zona por Inglaterra, Francia e Italia.

La explicación que se dio de la misma, resultaba incluso sorprendente para la época, ya que se fundaba en la dificultad de aplicar las normas derivadas de las relaciones internacionales entre los Estados debido a la enorme influencia que algunas de las Grandes Potencias — Austria, Gran Bretaña, Francia y Rusia — tenían en los asuntos internos de la Sublime Puerta. Aunque se trataba de un hecho evidente, esta influencia, había ido *in crescendo* desde sus inicios cuando, con el pretexto de garantizar la protección de los Occidentales, habían conseguido la inmunidad de los extranjeros ante la jurisdicción turca por su condición de cristianos. En ese momento, ya era más bien una injerencia en los asuntos internos de una maltrecha formación política a la que, por el Tratado de París de 1856, no sólo se le había invitado a disfrutar del Derecho Internacional sino otorgado el compromiso firme de respetar su integridad territorial.

A pesar de esos antecedentes, los juristas se limitaron a sancionar los sucesos acaecidos con los entonces llamados Estados berberiscos. Sus alegaciones, no exentas de cinismo, al respecto se basaban en que las relaciones de éstos con la Puerta, « tienen un carácter complejo y anómalo », hasta el extremo de que « los Grandes

(63) WHEATON, *Éléments*, I, cit., p. 49; MARTENS, *Tratado*, I, cit., p. 321, solo otorga calidad estatal, pero en condición de semisoberano, a Túnez.

(64) BEACH LAWRENCE, *Commentaire*, cit., p. 121.

Poderes de Europa no sabían con certeza como tratarlos » (65). Naturalmente, era un eufemismo para esconder las aspiraciones coloniales a través de una operación perfectamente planificada.

El punto de partida para la definitiva incorporación de las que hasta entonces se habían considerado « sociedades bien organizadas, que tienen territorio fijo y un gobierno establecido » (66), consistió en celebrar convenios bilaterales directamente con Túnez, Trípoli y Argelia con el propósito, se decía, de garantizar el comercio, acerca de cuya inseguridad ya se había pronunciado Mably a fines del Setecientos. Aunque este procedimiento afectaba de una manera directa a la *suzerainité* del Sultán, esta, y no otra, fue la principal causa esgrimida por Francia para incorporar a Argelia — a la que previamente se había declarado ‘nido de piratas’— como provincia en 1830 (67). Allí, desde 1871, pudo ensayar a gusto los presupuestos ya apuntados del *colonialismo imperialista*, a través de esa *colonización moderna* que abandonaba el modelo del Antiguo Régimen y lo sustituía por una ‘asimilación’ que, con su invocación a la ‘naturaleza’ y a la civilización, comenzaba con una educación claramente discriminatoria entre nativos y colonos (68).

Puesto que era ante todo un acuerdo del *Concierto*, todo ello sucedía sin provocar la inestabilidad del *Equilibrio* europeo y del orden internacional. Ni uno ni otro se vieron alterados siquiera con

(65) PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., p. 118.

(66) « Y con las que estamos alternativamente en guerra o paz, como con las otras naciones y, en consecuencia, pueden reclamar los mismos derechos que los estados independientes ». BYNKERSHOEK, *Quaestionum juris publici* I-XVII. Cit. WHEATON, *Éléments*, I, cit., p. 49-50

(67) « Le commerce ne seroit point en sûreté contre les Puissances de la côte de l’Afrique, si l’on se contentoit de prendre à ce sujet des engagements avec la Porte [...]].Aussi la France, l’Angleterre [...] traitent-elles *directement* avec Tunis, Trípoli, Alger ». G. BONNOT DE MABLY, *Le Droit Public de l’Europe*, I-V, Cit. PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., p. 119. Por su parte, GUIZOT en su *Memorias*, fue uno de los que más contribuyó a difundir la idea, por otra parte rápidamente aceptada, de Argelia como un nido de piratas

(68) La defensa colonialista de los planes de estudio de la enseñanza primaria, agrícola y profesional especial para los indígenas argelinos y tunecinos, musulmanes o no, en *Congrès de l’Afrique du Nord tenu à Paris du 6 au 10 Octobre 1908*. Compte rendu des travaux par M. Ch. DEPINCE. T. II, *Questions indigènes (Enseignement — Justice — Institutions religieuses — conditions de vie matérielle) Maroc (Questions politiques et économiques)*, Paris, 1909, pp. 144 ss.

el caso de Túnez, país en el que, no obstante las protestas del Sultán de Turquía apelando a su vasallaje, Francia asumía las mismas competencias de éste por el Tratado firmado con el Bey el 11 de Mayo de 1881. Al final, siempre quedaba el recurso de acudir al argumento de la civilización para justificar estas acciones.

En este orden de cosas, llama la atención el escaso interés que despierta Marruecos en comparación con las demás formaciones políticas del África Blanca, incluido Egipto. De hecho, en la mayor parte de las clasificaciones realizadas por los juristas — y a veces lo son de una minuciosidad extremada — ni siquiera aparece mencionado. Pero cuando se hace, como en el caso de Phillimore, es para calificarlo « incuestionablemente como un Estado independiente, del cual el Emperador es su representante internacional » (69). Es decir, reunía todos y cada uno de los requisitos que su propia definición preveía del mismo « para todos los propósitos del Derecho Internacional ». Esto es, un pueblo asentado en un territorio determinado, un gobierno organizado, cultura y derecho común y, finalmente, soberanía plena para el control interno de personas y cosas, declarar guerra y paz y establecer relaciones con « otras comunidades del Globo » (70). O, como más sumariamente exponía Martens, disponía de todas las condiciones para la existencia como *persona internacional*: soberanía, capacidad de obrar e igualdad ante el Derecho (71).

¿En qué radicaban, entonces, los argumentos jurídicos que facilitaron la intervención europea en un Estado al que el mundo civilizado reconocía como sujeto de pleno derecho en las relaciones internacionales?

7. 'El derecho de los Estados a su engrandecimiento'. La Comunidad Internacional y la cuestión marroquí.

« La Comunidad internacional, escribía F. de Martens, es la unión libre de los Estados con el fin de conseguir, mediante sus esfuerzos comunes, el pleno desarrollo de sus fuerzas y la satisfac-

(69) PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., p. 121.

(70) Ivi, p. 81.

(71) MARTENS, *Tratado*, I, cit., pp. 335 y 355.

ción de sus necesidades ». Es, continuaba, « una sociedad libre de pueblos unidos por la solidaridad de sus tendencias e intereses », cuyo objetivo, regido por la reglas del Derecho Internacional, solo pretendía una « vida internacional pacífica y organizada » (72).

La larga cita anterior, por otro lado compartida por la mayor parte de sus colegas, tiene el único objetivo de poner de manifiesto los esfuerzos realizados por la doctrina oficial para tratar de conciliar los principios del Derecho Internacional con una práctica que infringía abiertamente los más elementales. Por ello, en la medida que trata de armonizar conceptos contradictorios, su discurso, aunque al final resultó extraordinariamente eficaz para legitimar la realidad existente que era lo que, en definitiva, se pretendía, se encuentra con las mismas dificultades conceptuales a las que se enfrentaban quienes estaban tratando de definir las categorías más características del llamado Derecho Público interno.

En este sentido, tras insistir que no se trata en modo alguno de un Estado Universal, Martens habla de Comunidad, pero sin embargo defiende con pertinacia el carácter individualista sobre el que está construida y que debía prevalecer en cualquier caso. Alude igualmente a solidaridad e igualdad, pero inmediatamente hace constar el grado de dependencia de unos Estados a otros en proporción directa a su desarrollo cultural y, en especial, a los intereses particulares de cada miembro. Es decir, se trata ante todo de una construcción forzada por las circunstancias reales y en la que es imposible no percibir la influencia del modelo estatal vigente, en el que el concepto estrella, la Nación, aparecía como el resultado de la disolución de las comunidades tradicionales en una gran comunidad. Una gran comunidad que, en todo caso, tiene una estructura horizontal porque, fundamentada en presupuestos capitalistas, en ella, los rasgos verdaderamente colectivos y de camaradería se sostienen sobre la explotación y la desigualdad dentro de las fronteras territoriales, de ahí la imposibilidad de extenderla al resto de la humanidad (73). En el aspecto jurídico, su expresión es un Estado de Derecho para el que la propiedad y el contrato, como emblemas —

(72) Ivi, 252-56.

(73) G. DELANTY and P. O'MAHONY, *Nationalism*, cit., p. 91.

sobre todo el último — de la sociedad industrial, son pilares incuestionables.

La reiteración hasta la saciedad de que el Estado es el propietario de su territorio y del principio incontestable de la « libertad de realizar Tratados » como manifestación de su independencia — estimado como el correlativo en el ámbito de las relaciones internacionales del derecho de libertad individual que regía en las privadas — corroboran lo expuesto. Y, a estos efectos, importaba muy poco que la formalización de tales convenciones supusiera, las más de las veces, un sacrificio sin paliativos de los « principios de justicia » que, siguiendo la teoría de los contratos que exigía la libertad e igualdad entre las partes, la misma doctrina se había visto obligada a admitir ⁽⁷⁴⁾.

Cuando estas circunstancias fueron denunciadas por una minoría, se descartaron de una manera inmediata con la apelación directa al principio de representatividad nacional de los gobiernos signatarios y el recurso a otros argumentos, menos jurídicos aunque más contundentes. Aunque se demostrara con los múltiples ejemplos que la Historia deparaba la ausencia de esa libertad en la práctica para los Estados ‘pequeños’, cuya sumisión a las Grandes Potencias les obligaba a aceptar los Tratados que éstas les imponían aún contra su voluntad, estas opiniones fueron rechazadas con rotundidad por tratarse de « aserciones confusas o falsas ». La auténtica verdad era que suponían un peligro para el mantenimiento del *statu quo* que representaba el sistema de *Equilibrio* y el *Concierto* controlado por las Grandes potencias ⁽⁷⁵⁾.

Esta situación discriminatoria en Europa se exasperaba hacia el exterior. Porque, desde una posición eurocentrista que acredita hasta que extremo la doctrina jurídica internacional se identificaba

⁽⁷⁴⁾ « Il dépend du libre arbitre d'une nation cimenter ou non des traités quelconques avec une autre, sans qu' une tierce puissance sois autorisée à l'empêcher, tant que ces traités ne blessent pass. ses droits...Cependant, bien qu' on reconnaisse ces principes en Europe, dans la théorie, la pratique offre nombre d'exceptions », entre las que expresamente menciona « les États mi-souverains [...] de moyens et petits États », para los que, sobre todo los últimos, aunque tengan una plena independencia formal, carecen de ella en el plano real. Así se expresaba ya a principios del S. XIX, MARTENS, *Précis de Droit de gens*, I, cit., pp. 320-21.

⁽⁷⁵⁾ *Vid.* Al respecto el comentario de VERGÉ en *loc.cit* nota anterior.

con las tendencias colonialistas, se sostiene con absoluta imperturbabilidad que « la comunidad internacional comprende únicamente a los pueblos partícipes de la *civilización europea* », cuya ‘variedad cultural’ parecía agotar todas las aspiraciones en este sentido. Es una creencia generalizada, y desde luego muy conveniente, porque, si por un lado singularizaba a los Estados europeos, por el otro, permitía excluir taxativamente « a los pueblos orientales musulmanes ». De esta manera, una de las más notables facetas que presentaba el racismo como discriminación ya constitucionalizada, quedaba ratificada en el ámbito internacional con la inexorable expresión de que « ellos (los Estados europeos) y solamente ellos, (forman) una confederación internacional »⁽⁷⁶⁾. No obstante su rudeza y la dudosa base científica en la que se apoyaba, esta era la opinión común y, por supuesto, la que más se ajustaba a la práctica.

Quedó fehacientemente confirmada no sólo por las ya aludidas Conferencias de Berlín o Bruselas, sino también por el Tratado anglo-francés de 8 de Abril de 1904. Celebrado en el marco de la *Entente Cordiale* que unía a ambos países, supuso, con la posterior *Triple Alianza* con Italia, la auténtica patente de corso para la invasión del África Blanca, a la que, por razones obvias, no se podían aplicar los mismos criterios que a la Negra o la Tenebrosa. A este respecto, conforma un ejemplo académico, una manifestación palmaria de todo cuanto se acaba de exponer acerca de las características del colonialismo y de la naturaleza del Derecho Internacional Público en la época.

Desde el punto de vista político, el tratado respondía a la perfección a las exigencias de los Partidos coloniales de los respectivos países, al tiempo que pone de manifiesto sus diferentes estrategias y el enorme poder de la propaganda de este género a través de unos medios totalmente entregados. En Francia, donde la prensa *creaba* la opinión pública e imponía las ambiciones de Gambetta, Ferry o Delcassé, rodeando de un halo romántico al prototipo de militar colonial que fue Lyautey en nombre del *génie civilisateur de*

⁽⁷⁶⁾ « Siguese de aquí que la condición indispensable para el progreso de la comunidad internacional consiste en que los Estados se apropien los elementos fundamentales de la civilización europea [...] Para los pueblos no civilizados, la idea de la comunidad internacional es ininteligible ». MARTENS, *Tratado*, I, cit., pp. 257-9.

la France, capaz de conciliar la colonización oficial con la privada (77). O en Inglaterra, país en el que, con extraordinaria meticulosidad, se *dirigía* esa opinión como una de las tácticas más exitosas del *indirect-rule*, basado en el autogobierno de las colonias (78), que se venía aplicando a lo largo de toda la era victoriana, implantando un modelo que, con mayor o menor intensidad, influyó en todas las formaciones políticas europeas.

Así contemplado, el acuerdo era, en una primera aproximación, la materialización de la idea que Gambetta, en 1882, había expresado acerca de la necesidad de « una política occidental representada por Francia e Inglaterra ». Pero, observándolo con más detenimiento, no era más que una opción impregnada de fuerte pragmatismo político después de las difíciles circunstancias, jalonadas de conflictos y hasta enfrentamientos armados, que ambos Estados habían tenido que superar en su carrera por anexionar Egipto a sus propios imperios coloniales (79). Ahí reside la explicación de la primera parte del Tratado, toda ella destinada a regular la situación de este país. En esta ocasión, su dependencia de la Puerta se ignoró alegando también ‘razones de seguridad’, aunque ahora se trataba de la interior. Ambas Potencias, en efecto, tras desechar como ‘política vaga’ la celebración de la Conferencia que los Estados europeos solicitaron para resolver los asuntos concernientes a la zona, prefirieron justificar su intervención para garantizar la paz y tranquilidad a través de la ‘demostración pacífica y moral’ de una poderosa armada franco-británica anclada en el puerto de Alejandría.

En todo caso, en esa parte del Tratado, cuyo contenido es esencialmente financiero, Egipto se cedía a Gran Bretaña, en tanto

(77) Particularmente ilustrativa a este respecto es la intervención de M. Jonnart, Gobernador General de Argelia en el Congreso sobre África del Norte de 1908. *Congrès*, I, cit., pp. 10 ss.

(78) B. SEMMEL, *The demons*, cit., p. 5.

(79) En este sentido, resulta cuando menos sorprendente que el incidente provocado por un comité francés que, en 1892, pretendía sublevar a los « jóvenes fellahs europeizados » para expulsar a los ingleses de Egipto, se presentara años más tarde como una cuestión secundaria, hasta el extremo de que « on peut assurer que la responsabilité de cette aventure appartient aux jésuites, dont l’objectif constant a été de provoquer et d’entretenir un état d’hostilité entre la France et l’Angleterre ». Y. GUYOT, *L’Accord franco-anglais*, en « RDILC », 36, pp. 275 ss., p. 280. La frase entrecomillada *ivi*, p. 277.

que Francia se reservaba el derecho a su expansión hacia Occidente, lo que afectaba al Imperio marroquí, al que por cierto, está dedicada la segunda parte del mismo. Resulta, a este respecto, interesante recordar que los términos en que está redactada esta partición, reflejaban solo el compromiso francés de « velar por la tranquilidad de Marruecos y prestarle su asistencia para todas las reformas administrativas, económicas y militares de las que tenga necesidad ». Inglaterra, por tanto, renunciaba formalmente a sus expectativas sobre el Imperio Cherifiano, pero hizo su renuncia con la condición de que se debían respetar los derechos de España. De esta manera, con un sorprendente cambio de la que había sido hasta entonces su posición, decididamente contraria al asentamiento español en el territorio ⁽⁸⁰⁾, quedaba abierto el proceso de colonización de Marruecos mediante un instrumento bilateral que contó con la adhesión del gobierno español pocos meses más tarde.

« Il etait difficile de faire mieux pour le Maroc », escribía ese mismo año, en un breve artículo publicado en la *Revue de Droit International*, el ex Ministro francés Guyot ⁽⁸¹⁾.

8. *Los derechos de 'la España irredenta'. La Comunidad Internacional ante la colonización de Marruecos.*

En el plano internacional, el tratado de Londres de 1904 se mostraba como la revisión del acuerdo al que habían llegado las dos Potencias signatarias en 1899 con el fin de regular el ámbito de su expansión y determinar las posesiones coloniales de ambas en Egipto, Sudán, Alto Congo y Sahara. Formalmente, era, pues, un convenio cuyo objeto consistía en el reparto territorial y la delimitación de zonas de influencia e interés de ambas Partes. En este sentido, se presentaba como el ejercicio de un derecho legítimo, reconocido por el ordenamiento jurídico internacional. Al igual que todos los de su especie, se trataba ante todo un acto de voluntad de dos personas morales en un momento en el que « las sociedades (cristianas) deben regirse por las mismas leyes del derecho y la

⁽⁸⁰⁾ A. PEDRAZA MARCOS, *Quimeras de África. La Sociedad Española de Africanistas y colonistas. El colonialismo español de finales del Siglo XIX*, Madrid, 2000, pp. 50-51.

⁽⁸¹⁾ GUYOT, *L'Accord*, cit., p. 284.

moralidad á que está ligado en individuo »⁽⁸²⁾ y, por consiguiente, la autonomía de la voluntad prevalecía sobre todos los demás principios, incluso sobre el *Equilibrio*.

De esta manera, y exclusivamente por su propia voluntad, Inglaterra, en apariencia, cedía sus derechos sobre Marruecos a favor de Francia. En apariencia, porque, en realidad supone uno de los más elocuentes testimonios de aplicación de la exitosa política del *indirect-rule*, como no tardaron en percibir los contemporáneos, orientada a la protección de los intereses británicos que, a esas alturas, tenían uno de sus centros neurálgicos en el Mediterráneo tras la apertura de Suez.

Este acontecimiento abrió, en efecto, unas posibilidades comerciales insospechadas hasta entonces pero, como ya se ha indicado, en el plano de las relaciones internacionales, implicó asimismo el origen de la acción directa europea en la — con la excepción de Argelia — prácticamente intocada África Blanca. Y con ello, se desencadenó, igualmente, el conflicto entre las Potencias, en particular Francia, que necesitaba una salida africana al Atlántico, y Gran Bretaña, que aspiraba al control absoluto desde su privilegiada posición en Gibraltar. En 1904, mediante una obra maestra de la Diplomacia inglesa, las pretensiones británicas quedaron formal y plenamente garantizadas reservándose Egipto y obligando a Francia a aceptar limitaciones sobre su expansión occidental. El medio no pudo ser más apropiado, ya que consistió en la apelación a un recurso que el propio derecho vigente y la doctrina reconocían como válido: los derechos históricos y morales de España, el único Estado europeo que tenía posesiones en ese territorio.

Aunque se trataba de argumentos, sobre todo en lo que afecta a la moralidad⁽⁸³⁾, cuyo uso estaba condicionado a conveniencias transitorias, la existencia de posesiones territoriales fue, sin em-

(82) Se trata, en esta época, del principio más generalmente admitido, con independencia de la corriente académica a la que se pertenezca. Esta frase esta tomada del 'Prólogo' que Rafael RODRIGUEZ DE CEPEDA Y MARQUÉS escribió para uno de los más conocidos internacionalistas españoles, L. GESTOSO Y ACOSTA, *Curso elemental de Derecho Internacional Público e Historia de los Tratados*, Valencia, 1897, p. 4.

(83) El recurso a la moral, es precisamente, uno de los argumentos que PHILLIMORE utiliza para combatir las tesis de quienes negaban naturaleza jurídica al Derecho Internacional, reforzándola con el uso de la analogía que la sociedad internacional tiene

bargo, un apoyo de validez incuestionable. De hecho, era decisivo y, desde luego, el más apropiado en una época de esplendor del individualismo posesivo y en la que el territorio era el elemento prioritario para definir el dominio estatal ⁽⁸⁴⁾. Sin embargo, la remisión a esas razones que, naturalmente, para las signatarias se reducía a una cuestión de oportunismo político, en España fue contemplada desde posturas muy diversas, incluso encontradas, en todos los sectores, ya fuesen políticos o doctrinales, y, sobre todo, por la opinión pública.

En ese año de 1904, la situación de este país, como consecuencia de una serie de gobiernos desastrosos, era la de una Nación de muy segundo orden en el *Equilibrio* europeo que, además, aun lamía sus heridas por la pérdida de sus colonias, ratificada por el Tratado de París de 1898. No sorprende, en consecuencia, que, en relación con la cuestión marroquí, existiera la creencia mayoritaria de que, debido a su posición geográfica, había sido arrastrado de una manera inexorable a participar en un asunto que le era ajeno. A decir verdad, ni siquiera podían argüirse como una causa justificada los intereses comerciales, como acreditaba una balanza exterior que, a diferencia de los demás Estados europeos interesados, era claramente deficitaria.

En realidad, para los políticos del Siglo, Marruecos — y África en general — no era más que una referencia puntual en el que se mantenían algunos presidios y sólo, en ocasiones, suscitaba un interés espúreo que nada tenía que ver con la colonización. El abandono, en 1799, de Orán, situada en la actual Argelia, es un buen testimonio al respecto. Como lo es asimismo el hecho de que, no obstante el hostigamiento a que se veían sometidas las plazas existentes en territorio marroquí, apenas se produjeron acciones al respecto. A lo largo del Ochocientos, el único testimonio relevante es la guerra de 1859-60 — *La Guerra de África* —, pero sólo por el eco que alcanzó en la opinión pública debido al tratamiento román-

con la propia sociedad civil, integrada por individuos. PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., pp. 76-7.

⁽⁸⁴⁾ Construido por cierto a imagen de la propiedad privada elaborada por privatistas y recogida en el Código Civil. GESTOSO ACOSTA, *Curso*, cit., pp. 129 ss.; PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., pp. 325 ss. y IV, pp. 2-3.

tico que le otorgaron los periodistas desplazados al frente de batalla. Esto, sin embargo, no fue más que un episodio de distracción del gobierno, en uno de esos constantes momentos de confrontación interna, en aras a mantener una unidad nacional que aquí, al igual que en las demás Naciones del entorno, contó con el conveniente apoyo de la prensa ⁽⁸⁵⁾.

Lo cierto es que todas estas circunstancias ponen de relieve la ausencia de una política exterior organizada y coherente, que alcanza su aspecto más esperpéntico en relación con Marruecos. Así, al menos, se deduce de la más que dudosa eficacia de las acciones diplomáticas y de todos los Tratados firmados con este Reino — 1845, 1859, 1866, incluso el importantísimo de Wad-Ras de 1860, llevado a efecto tras la victoria y, en su día, muy criticado ⁽⁸⁶⁾. En cualquier caso, todo ello no es más que la manifestación palmaria de una de las características españolas del momento, totalmente divergente del modelo extranjero, cual era la concepción aristocrática de la guerra frente a la capitalista dominante. Las campañas mencionadas fueron hechas sin interés colonial: en ningún momento se pretendió exportar colonos ni abrir vías mercantiles.

Esta práctica permanente de la clase política española se mantuvo inalterada a lo largo del Ochocientos y no será hasta bien entrada la era del Imperialismo cuando se perciben elementos de cambio en esta tendencia. Suficientemente esclarecedores al res-

⁽⁸⁵⁾ Entre la abundantísima bibliografía, *vid.*, como una de las más recientes puestas al día F. VILLALOBOS, *El sueño colonial. Las guerras de España en Marruecos*, Barcelona, 2004, en especial cap. I-III, y uno de los pioneros V. MORALES LEZCANO, *El colonialismo hispanofrancés en Marruecos (1898-1927)*, Madrid, 1976.

⁽⁸⁶⁾ Como hizo el coronel Victoriano Ameller, criticando con inusual dureza la guerra, por su inutilidad, y el Tratado, porque ya recogía derechos preexistentes y la indemnización a duras penas sufragaba los gastos de guerra. V. DE AMELLER, *Juicio crítico de la guerra de África, o apuntes para la historia contemporánea*, Madrid, 1861, cit. A. PEDRAZ MARCOS, *Quimeras*, cit., pp. 47 ss. La misma crítica cabe dirigir al *Protocolo entre España y Marruecos para el arreglo de varias cuestiones* de 11 de Junio de 1871. Firmado, a instancias del gobierno marroquí *sub spe rati*, no alcanzo efectividad a pesar de que su objeto era el rescacimiento por los ataques producidos por las cabilas rifeñas contra posesiones españolas en las que hubo varios muertos. El texto en J. BECKER, *Colección de Tratados, convenios y demás documentos de carácter internacional firmados por España (1868-74)*, Nueva edic. mandada publicar por R. O de 19 de Febrero de 1907, Madrid, 1907, pp. 247 ss.

pecto son algunos testimonios, extraídos de entre los más representativos. Así, el del diputado Labra, experto en estos temas, quien, en 1870, en elocuentes discursos en los que Marruecos ocupa un lugar totalmente secundario, todavía defendía — y lo hará durante toda su larga vida parlamentaria — que los intereses españoles estaban vinculados a Hispanoamérica. En su madurez, el más destacado miembro de la Restauración y presidente del gobierno, Cánovas, repudió en público, por poco pragmáticos, sus escritos de juventud donde defendía el Atlas como frontera nacional, en tanto que otro presidente de signo político bien distinto, Castelar, abogaba abiertamente por la neutralidad ⁽⁸⁷⁾. La circunstancia de que la primera Conferencia sobre asuntos marroquíes se celebrara en Madrid y culminara con el Tratado del mismo nombre, no alteró estas directrices oficiales.

Tal continuidad posiblemente encuentre explicación en la incapacidad de los gobiernos para adecuarse a los requerimientos del colonialismo moderno, en la evidente separación de éstos de la sociedad y, sobre todo, en el hecho demostrado de que el tráfico migratorio de carácter temporal se orientaba, con preferencia, hacia Argelia ⁽⁸⁸⁾. En consecuencia, los súbditos españoles quedaban amparados por las leyes francesas no sólo en sus personas, sino en sus bienes tangibles y derechos incorporales, tal y como exigía el *ius publicum europaeum* desde Westfalia ⁽⁸⁹⁾, mediante el establecimiento de un régimen jurídico diferente para la emigración y la colonización. A este respecto, « el derecho de protección de los ciudadanos en países extranjeros », estaba ya plenamente articulado durante el Antiguo Régimen y Vattel ya lo explicaba diciendo que « quien maltrata a un ciudadano, ofende indirectamente al Estado

⁽⁸⁷⁾ R. Ma de LABRA, *Mi primer discurso parlamentario. La cuestión colonial. 1º de Julio de 1871*. Madrid, 1916; ID., *La orientación Internacional de España*, Madrid, 1910; ID., *La política exterior de España*, Madrid, 1910; ID., *La personalidad internacional de España*, Madrid, 1912; A. CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Apuntes para la Historia de Marruecos*, Madrid, 1860.

⁽⁸⁸⁾ M. RODRÍGUEZ GIL, *Un apunte sobre los emigrante españoles en las formas políticas norteafricanas precoloniales*, en *La violencia y los enfrentamientos de las culturas*, Madrid, 2004, pp. 337 ss.

⁽⁸⁹⁾ PHILLIMORE, *Commentaries*, IV, cit., pp. VI-VII.

que debe proteger a este ciudadano » (90). En el ámbito del ordenamiento jurídico internacional, en el que muchas de sus relaciones jurídicas « eran idénticas » a las del *ius civile* — y, desde luego, tenían los mismos propósitos —, este derecho de protección se articuló, en efecto, a través de las normas del Derecho Internacional Público y, sobre todo, Privado, que prescribían a los Estados el « respeto a los individuos que constituyen la Sociedad universal » en base a las obligaciones y derechos recíprocos por las que se regían los « miembros de la Comunidad Internacional en tiempos de paz o guerra » (91).

Pero en la era del Imperialismo colonial, esta actitud chocaba abiertamente con la sostenida por Chamberlain, Delcassé, Clemenceau y otros líderes europeos. Y, fundamentalmente, chocaba con los intereses de la burguesía española, que aún no había formado un *lobby* y, por consiguiente, se vio irremisiblemente abocada a una acción unilateral al respecto. El nacimiento de la *Sociedad Española de Africanistas y Colonistas* debe mucho a esta iniciativa (92). Involucrada en los mismos objetivos que las similares del entorno, fue una eficaz divulgadora del pensamiento colonialista de la época, objetivo en el que coincidía con pensadores tan singulares como J. Costa, uno de los más destacados representantes del regeneracionismo finisecular y, en lo que aquí interesa, absolutamente crítico con la pasividad de los políticos.

Miembro de un selecto grupo de intelectuales y ex políticos críticos con las medidas gubernamentales, se singularizó por sus propuestas, entre ellas, la defensa de una suerte de « hermandad hispano-marroquí », construida a partir de su característico libera-

(90) Uso aquí la versión inglesa *The law of Nations or principles of the law of Nature applied to de conduct and affaire of Nations and Sovereigns*, A new edition, London, 1797, L. II, VI.

(91) JITTA, *Derecho*, cit., p. 184; PHILLIMORE, *Commentaries*, IV, cit., p. VII; MARTENS, *Tratado*, III, cit., p. 174. En este sentido, la doctrina, en aplicación del artículo 40 de la Declaración de Bruselas, y aun con anterioridad, es absolutamente tajante en el respeto a la propiedad privada, incluso en tiempo de guerra. A este respecto, el artículo 40 de la *Declaración de Bruselas*, expone taxativamente que « La propiedad privada es, en principio, inviolable. El pillaje está terminantemente prohibido ». MARTENS, *Tratado*, III, cit., p. 249; PHILLIMORE, *Comentarios*, III, cit., p. 823; MARTENS, *Précis*, II, cit., pp. 287 y ss.

(92) A. PEDRAZ MARCOS, *Quimeras*, cit., *passim*, F. VILLALOBOS, *El sueño*, cit.

lismo modernista. En cualquier caso, sus vigorosas opiniones al respecto alcanzaron un gran peso en el Congreso de Geografía colonial y mercantil de 1883 — del que fue uno de los principales impulsores y oradores —, cuyas conclusiones, presentadas bajo la enseña de la ‘misión civilizadora occidental’, eran una clara respuesta a las exigencias políticas y económicas del colonialismo en vigor. Una proposición exitosa que, desde luego, trascendió los círculos reducidos en los que había nacido, a juzgar por la profunda incidencia que alcanzó en la opinión pública, debida a la amplia difusión que la prensa otorgaba a sus intervenciones, en especial cuando reclamaba «una acción pronta y esencialmente política y comercial» en Marruecos ⁽⁹³⁾.

Como se observa, se trata sobre todo de una acción extraoficial, de la que la doctrina se mantuvo asimismo al margen, salvo algunas excepciones. Tal es el caso de Manuel Torres Campos, quien, en 1892 y 1894 ⁽⁹⁴⁾, reivindicaba los derechos preferentes de España frente a los alegados por, en ese momento, los Estados más activos e interesados, Francia o Inglaterra. En su discurso, todo él plagado de argumentos históricos — entre los que el testamento de Isabel la Católica y la cristianización rivalizaban en importancia con la multiseccular presencia española —, étnicos — los marroquíes como descendientes de los árabes hispánicos — y geográficos — proximidad territorial —, este internacionalista analizaba el problema desde una posición perfectamente legal: Ceuta y Melilla, las islas y las otras posesiones costeras eran una parte integrante del territorio nacional. Por haber sido adquiridas mediante los legítimos y, hasta entonces,

⁽⁹³⁾ Es de destacar que Costa no consideraba enemigos en la colonización norteafricana ni a Inglaterra ni a Francia, en contra de la opinión general, sino más bien al proteccionismo español. Por otra parte, tampoco es el único, entre los intelectuales españoles, que se pronuncia al respecto — Donoso Cortés o el propio Gumersindo de Azcárate también lo hicieron. Pero ninguno adoptó una posición tan activa y vigorosa como él desde 1882, a través de numerosas conferencias y publicaciones. Por citar sólo algunas, J. COSTA, *El comercio español y la cuestión de África* (Conferencia pronunciada el 11 de Marzo de 1882 en el Círculo de la Unión Mercantil de Madrid), Madrid, 1982 y ID., *Los intereses de España y Marruecos son armónicos*, Madrid, 1906. Su posición al respecto está bien expuesta en A. PEDRAZ MARCOS, *Quimeras*, cit., 155 ss.

⁽⁹⁴⁾ M. TORRES CAMPOS, *L'Espagne en Afrique*, en « RDILC », 24, pp. 441 ss. y ID., *La question de Melilla et la politique internationale de l'Espagne*, en « RDILC », 26, pp. 4 ss.

más importantes procedimientos jurídicos que otorgaban el título — la ocupación y la conquista —, existían los derechos de dominio propios de un Estado sobre su territorio que colocaban a España en el primer lugar para la actuación en Marruecos. Esta situación, afirmaba, hacía que su participación activa en el marco del *Concierto* europeo se convirtiera en « la condición esencial para la resolución de las considerables dificultades internas » que se derivaban de la acción internacional en la zona.

En este sentido, sus propuestas no sólo no divergían, sino todo lo contrario, de los presupuestos del Imperialismo colonial del momento, ya que hace suyas las conclusiones del Congreso anteriormente aludido y las iniciativas destinadas a la unificación de las asociaciones comerciales y científicas que perseguían estos objetivos. En el plano jurídico es la suya una proposición que él mismo reconoce incardinada dentro de una « política francamente colonial » y, en tanto tal, estaba vertebrada sobre el respeto a la soberanía interior para establecer ‘lazos paternales’ y, sobre todo, en la creación de un marco favorable al desarrollo del comercio, al que consideraba el principal vehículo de civilización y para el cual, desde el punto de vista político, militar y económico, « Melilla, decía, es indispensable ». Además, tenía el valor añadido de los fundamentos de derecho, escrupulosamente respetuosos con las normas más recientes del Ordenamiento Internacional.

Fueron sus reivindicaciones territoriales las que parecieron extravagantes ⁽⁹⁵⁾, porque, « según los usos de las Naciones europeas que han sido consagrados por la Conferencia de Berlín », España podía reclamar en la dirección del *Hinterland* una zona de doscientos kilómetros de ancho por novecientos de largo. Naturalmente, tales pretensiones, por cuanto afectaban a las bases mismas de la Balanza de Poderes representada por el *Concierto*, jamás fueron aceptadas por las Potencias. Pero éstas, sobre todo en el caso

(95) De hecho, no solo el contenido sino la vehemencia con que están expuestas « ses idées et celles qui ont cours en Espagne sur la colonisation européenne en Afrique », provocaron una Nota de la Redacción que, consciente de las repercusiones que tendría, prefirió, en lugar de obligarle a omitir algunos párrafos, hacerle enteramente responsable « des opinions et des expressions parfois assez vives qui se rencontrent spécialement dans les dernières pages de cette étude ». M. TORRES CAMPOS, *L’Espagne*, cit., p. 475.

francés, en la medida que reforzaban las suyas propias, sí hicieron uso, sin embargo, de los demás argumentos que Torres Campos utilizó.

9. *Las reglas del juego. La Balanza de poder, el principio de no intervención y la cláusula de Nación más favorecida.*

Los términos de la Declaración hispano-francesa de 3 de Octubre de 1904, por la que España manifestaba su adhesión al acuerdo francobritánico de ese mismo año, son inequívocos y extraordinariamente ilustrativos al respecto. Ambos gobiernos, en efecto, exponían abiertamente en ella su decisión de proceder a la delimitación de zonas de influencia en ese país, alegando en su favor la garantía de intereses y los derechos que se derivaban, en el caso español, de sus posesiones en la costa marroquí y, para Francia, de Argelia. El proceso, según se hacía constar explícitamente en ese escueto instrumento, se haría con el máximo respeto a la integridad del Imperio Cherifiano y a la soberanía del sultán ⁽⁹⁶⁾.

Existía, por tanto, una clara determinación por ambas Partes de dejar inalterada la condición de Estado de Marruecos y, por consiguiente, también la de miembro de pleno derecho de la Sociedad Internacional. En consecuencia, a pesar de su carácter musulmán y extraeuropeo, se obvió la opinión generalizada que reservaba este *status* a las formaciones políticas occidentales por su civilización, cristianas por su religión y superiores por su raza, requisitos todos esenciales pero ninguno de los cuales se aplicó en este supuesto ⁽⁹⁷⁾. Esta actitud, sin embargo, no se trataba en modo alguno de una concesión graciosa. Era, sobre todo, una necesidad derivada de la defensa del *statu quo*, por un lado y, por el otro, de la urgencia por resolver una situación generada por las alteraciones de una práctica que ya no resultaba eficaz, al menos para los intereses de las Potencias más implicadas.

En el primer caso, la decisión adoptada podía ser incluso

⁽⁹⁶⁾ El texto en *Colección oficial de los tratados, convenios y demás documentos de carácter internacional firmados por España desde el año 1900 al 1905*, Publicada por el Ministerio de Estado, Madrid, 1929, p. 405.

⁽⁹⁷⁾ J. LORIMER, *Principios*, cit., p. 83.

planteada como la actualización de la situación concreta que presentaba Marruecos, ya que venía a consolidar la internacionalización *de facto* del país, que se había iniciado a finales del Siglo XVIII y se sancionó por la Conferencia y Tratado de Madrid de 3 de julio de 1880. Los acuerdos relativos a cuestiones de naturalización y, en especial, la serie de protecciones jurisdiccionales para las personas y bienes de los occidentales que se recogen en dicho Tratado y que el gobierno marroquí se vio obligado a aceptar, son concluyentes en este sentido. El segundo, presentaba, por el contrario, una mayor complejidad, ya que venía provocado por los problemas ocasionados por la interpretación de la *cláusula de Nación más favorecida*, privilegio del que disfrutaban los Estados asistentes a la citada Conferencia de Madrid ⁽⁹⁸⁾.

Es obligatorio recordar, a este respecto, que el Imperio marroquí debía mucho de su reconocimiento estatal a la facultad para firmar tratados que los europeos le habían admitido, por imperativo de la Potencias, para salvaguarda de intereses mercantiles sin afectar al sistema del *Equilibrio*. Algunos de éstos incorporaban la cláusula que España, precisamente, había sido la primera en conseguir en Marruecos como consecuencia de la victoria en la guerra de 1859-60. Y es que, en la medida que simplificaba tarifas y favorecía el libre comercio, se consideraba un requisito irrenunciable del librecambismo y, por consiguiente, absolutamente imprescindible durante ese periodo, marcado por el capitalismo financiero y la segunda industrialización, hasta el extremo de que, ya en 1885, Lord Granville, se refería a la misma como « la parte más preciosa » de los tratados internacionales.

Hasta esas fechas, se había entendido por los agentes jurídicos como el derecho a disfrutar de todos los derechos, favores o inmunidades, cualquiera que fuera su clase, concedidos por un Estado a otro, por los terceros que dispusieran en sus acuerdos de la cláusula mencionada. De hecho, tomando como punto de referencia el mencionado Tratado de 1860, fue este el mecanismo utilizado por los países europeos, en especial Francia e Inglaterra, para disfrutar de los mismos beneficios que los españoles en el

(98) TARDIEU, *La Conférence*, cit., p. 40.

Imperio cerifiano ⁽⁹⁹⁾. Lentamente, sin embargo, se iba imponiendo el sistema americano, de carácter más restrictivo, porque, decididos a crear mercados exclusivos, los estadounidenses habían introducido una interpretación limitadora, y desde luego mucho más adecuada a los requerimientos económicos dominantes, que justificaron en la bilateralidad propia de los contratos. Se trataba, en fin, de una circunstancia que excluía a terceros de disfrutar de los mismos privilegios y ventajas cuando éstas no estaban explícitamente determinadas en los respectivos y particulares tratados ⁽¹⁰⁰⁾.

Contraria a lo que había sido la práctica habitual en Europa, esta interpretación, a pesar de contar con algunos apoyos teóricos de internacionalistas que clamaban por una mayor definición y clarificación de los términos ⁽¹⁰¹⁾ se contempló en este Continente como un elemento de profunda inseguridad en las relaciones comerciales y una seria amenaza para la política colonial. En el supuesto de Marruecos, la inseguridad se convirtió en un motivo de preocupación mayor debido al protagonismo alcanzado por su situación estratégica después de la apertura de Suez. En todo caso, este hecho unido a la reivindicación de zonas de influencia por franceses y españoles, a la irrevocable demanda de la suya de interés por parte de los ingleses y al ánimo expansionista de los colonos argelinos, conformaban motivos más que suficientes para impulsar un cambio de orientación en la política norteafricana europea. Pero este cambio que, según costumbre, debía llevarse a cabo por las Potencias sin alterar el *Concierto y el sistema de Equilibrio*, era, de hecho, una auténtica intervención en los asuntos internos.

En este sentido, aunque la no intervención había sido un principio fundamental del *ius publicum europaeum* desde su aparición, el tratamiento que, atendiendo los requerimientos colonialistas, ya no los gobiernos sino la propia doctrina le concedieron resulta, sin embargo, extraordinariamente ilustrativo. Porque, frente

⁽⁹⁹⁾ VILLALOBOS, *El sueño*, cit., p. 64 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ E. LEHR, *La clause de la Nation la plus favorisée spécialement d'après les règles en vigueur en Angleterre et aux États-Unis*, en « RDILC », 1910, pp. 657 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Entre otros de L.-E VISSER, NYS y el mismo LEHR, que ya en 1893 criticaba como antijurídica la permanencia de los efectos de la cláusula cuando se hubiera revocado el Tratado con el primer firmante. E. LEHR, *La clause de la Nation la plus favorisée*, cit., pp. 313 ss.

a la posición dubitativa de Calvo, que sometía la misma a los intereses de las Potencias argumentando la inexistencia de principios exclusivos en política, o la incontestable defensa del principio que Cimbali hacía en 1889 a partir de la consideración de los pueblos como « perfectísimas personalidades humanas » y, por tanto, calificaba la intervención de « flagrante violación » del derecho y de la independencia de los Estados, la opinión mayoritaria era sensiblemente diferente ⁽¹⁰²⁾. En realidad, ésta se limitó a sancionar la acción de los Estados, en particular las Potencias, creando al respecto una teoría no exenta de complejidad, aunque muy eficiente. De esta manera, tal y como exponía al respecto G. F. Martens, a pesar de la universalización del principio de independencia estatal que llevaba implícita la no intervención, « las potencias extranjeras, siempre encontraron un pretexto para intervenir *sans croire s'écarter par là du droit des gens et du principe reconnu de l'indépendance et du libre voeu des nations* » ⁽¹⁰³⁾.

Ocurría de este modo que, lo que en la práctica se presentaba como una evidente infracción, en teoría resultaba mucho más difícil de discernir, teniendo en cuenta las excepciones que los juristas habían arbitrado al respecto. El número de las mismas varía, es verdad, pero en general y desde 1856 — es decir, desde el Tratado de París que abrió una nueva etapa en las relaciones internacionales al invitar a Turquía a disfrutar de las ventajas del derecho europeo —, se siguió en Occidente la versión inglesa de « no intervención en los asuntos internos de un Estado ». Esta versión admitía una única excepción: « cuando la *seguridad* y los *intereses esenciales de un Estado* estén amenazados de una manera *seria e inmediata* por los acontecimientos de otro Estado » ⁽¹⁰⁴⁾. Sin entrar ahora en las disquisiciones doctrinales, por otra parte muy interesantes, que se dirijan a esclarecer el significado de « necesidad urgente o abso-

⁽¹⁰²⁾ E. CIMBALI, *Il non-intervento. Studio di diritto internazionale universale*, Roma, 1889, pp. 233 y 261-2. Un libro documentadísimo, en el que somete a juicio las teorías al efecto. Entre ellas la contundente de CHATEAUBRIAND: « Intervención o no intervención es una puerilidad absolutista o liberal de la que no se preocupará ninguna cabeza bienpensante: en política no existen principios exclusivos; se interviene o no en conformidad a las exigencias del propio país ». Ivi, p. 103.

⁽¹⁰³⁾ MARTENS, *Précis*, cit., p. 209.

⁽¹⁰⁴⁾ VERGÉ, *Précis*, cit., p. 211.

luta », lo cierto es que la mayor parte de los juristas se posicionaron en conformidad a los intereses de sus Estados respectivos.

Así el norteamericano Wheaton, en una clara referencia a la expansión territorial de los Estados Unidos a expensas de las tribus indias, proclamaba abiertamente el « derecho de cada Estado independiente para aumentar su territorio nacional, población, riquezas y poder por todos los medios inocentes y legítimos ». Tales medios iban desde la adquisición ‘pacífica’ de nuevos territorios y la colonización de tierras desconocidas hasta la extensión de la navegación y la pesca, incremento de rentas o la mejora de su comercio y agricultura, aspectos todos a los que textualmente se remite y para los que sólo preveía como límite el igual derecho de los otros Estados ⁽¹⁰⁵⁾. La doctrina europea identificó esa igualdad, en primer término, con el respeto al *Equilibrio*, razón por la cual defendió la legitimación de las Potencias para intervenir con el propósito de restaurar el mismo cuando se consideraba que había sido alterado por una expansión ‘no autorizada’ ⁽¹⁰⁶⁾.

Abundando en esos argumentos, Phillimore fundaba la intervención en el derecho de autodefensa de la persona Estado. « Bajo ciertas circunstancias, escribe, puede producirse la necesidad de intervenir en las relaciones y, por extensión, controlar la conducta de otros Estados ». Al efecto, propone las seis causas en que estaba permitida: 1º, cuando las instituciones internas de un Estado son insuficientes para la paz y seguridad de otro; 2º los derechos y deberes de garantía; 3º la invitación cursada por uno de los beligerantes en una guerra civil; 4º la protección de los derechos de Reversión o interés; 5º, preservar la *balance of power*, es decir, prevenir el engrandecimiento peligroso de cualquier Estado por adquisiciones externas; y, finalmente 6º, la protección a los súbditos de otro Estado de la *persecución* por motivos religiosos ⁽¹⁰⁷⁾. Con excepción de la tercera, puede decirse que todas ellas — incluso, forzando la situación la sexta —, podían ser invocadas para justificar la intervención y respaldar así la acción francobritánica.

En esta ocasión, el *casus belli* utilizado fue la situación interna de

⁽¹⁰⁵⁾ WHEATON, *Éléments*, I, cit., p. 77.

⁽¹⁰⁶⁾ VERGÉ, *Précis*, cit., 213.

⁽¹⁰⁷⁾ PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., pp. 554-60.

Marruecos, que atravesaba una de las peores crisis de su historia después de la muerte del sultán Mulay el Hassan en junio de 1894 y, sobre todo, la del visir Hamed Ben Musa en 1905, el verdadero responsable de conseguir un retraso de lo que ya era inevitable desde 1880. Se trataba de una crisis que revestía aspectos políticos y económicos. Los primeros, convenientemente magnificados por los colonizadores, procedían de la peculiar situación del Majzén ante unos clanes sublevados que admitían su autoridad religiosa pero no así la política, aún más mermada en ese momento por problemas relativos a la sucesión dinástica ⁽¹⁰⁸⁾. Y los segundos, por la deuda contraída por los sucesores del sultán mencionado, a través de empréstitos con bancos franceses y un consorcio franco-hispano-alemán, para cuya consecución se había dado como garantía — prácticamente enajenado — el control de aduanas y el monopolio de tabacos.

Con todo, no era una cuestión insalvable. La verdad es que tampoco era novedosa para los europeos, que se habían servido de esta circunstancia endémica para proceder a una introducción paulatina, que fue *in crescendo* desde mediados del Ochocientos y que llegó a ser tan intensa como para designar, incluso, un Consejo de Cónsules con funciones jurisdiccionales sobre los occidentales. Lo cierto es que ni siquiera hasta entonces habían sido utilizados los ataques contra los súbditos europeos como represalia, como pone de manifiesto la propia existencia del protocolo de Madrid de 1871.

Todas estas circunstancias, sin embargo, fueron ahora usadas como pretexto para justificar una intervención que, únicamente, estaba en función de los intereses mercantiles, la enorme presión del *lobby* colonialista francés y el explícito deseo de Inglaterra de no dejar en manos de Francia el control del país. Una operación

⁽¹⁰⁸⁾ Para los autores del momento, tanto franceses como españoles, favorables a la colonización, Marruecos se encontraba dividido en dos zonas, *Blad el Mabzen*, políticamente sometido al Sultán, y *Blad el Siba*, o país en rebeldía, como defendía A. CASAR OLAVARRIETA, *Blad el Mabzen y Blad el Siba*, Orense, 1924. Para quienes no se encontraban en la línea oficialista, como es el caso de Mauricio Capdequí, *Yebala. Apuntes*, esta es una división falseada, en la medida que no se corresponde con una realidad geográfica, sino con una organización tribal que acataba o no las ordenes del sultán. Esta última es la tesis sostenida por la historiografía actual, tanto europea como marroquí. VILLALOBOS, *El sueño*, cit., pp. 33 ss.

perfectamente calculada, a la que se intentaba por todos los medios revestir de legitimidad, más frente a las otras Potencias europeas — en especial Alemania, preterida del reparto — que ante el propio Imperio Cherifiano, con el ánimo de soslayar un desequilibrio que, finalmente, no pudo evitarse, como los sucesos posteriores se encargaron de demostrar.

10. *Protagonismo de los Órganos del Derecho Internacional. La conferencia de Algeciras y la 'política de puertas abiertas'.*

En este sentido, y con el ánimo de evitar una infracción abierta del, desde hacía un tiempo, ya muy cuestionado principio de la Balanza de Poderes — de cuyo mantenimiento, al parecer, las dos Potencias se consideraban las garantes ⁽¹⁰⁹⁾ —, el Tratado anglo-francés de 1904 incluía varias concesiones. La declaración de Tánger como ciudad internacional, el respeto a las posesiones de España en el supuesto de que ésta no se adhiriera al Acuerdo y, fundamentalmente, la renuncia expresa a la intervención militar, eran las más señaladas al respecto. Presentándola, además, como una operación destinada a garantizar los intereses europeos, y por extensión internacionales, este fue el modo por el que se introdujo la vía de la llamada penetración pacífica, pues no en vano había sido la pacificación interior el pretexto utilizado para legitimar la intervención. Para Francia, sobre todo, fue una apuesta arriesgada y estudiada en extremo porque, aun reconociendo que esa decisión implicaba renunciar a la 'solución decisiva' que suponía la anexión y ante la imposibilidad de establecer un 'protectorado como en Túnez' debido a los acuerdos en vigor con el Imperio cherifiano, esta opción significaba la mejor solución. De hecho, los responsables franceses

⁽¹⁰⁹⁾ « The doctrine of the Balance of Power has of late years been attacked and ridiculed. It certainly is liable to great abuse, but, fairly explained, means no more than the right of timely prevention of a probable danger »; « The principle of maintaining a balance of power, wich for two centuries had distinguished Europe above other societies of nations, was now, for the first time, sacrificed; three great military powers, instead of preventing each other's aggrandisement, conspired to share the spoils of a neighbour [...] and the Governments of France and England [...] betrayed their duty to Europe, and suffered the crime to be consummated ». PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., p. 581 y nota K, respectivamente.

veían en ella la garantía de un doble interés. Uno positivo, en cuanto la defensa del orden interno marroquí les permitía mantenerse dentro de los límites de la legalidad internacional; el otro, negativo ya que, en una clara referencia a Alemania, era la única posibilidad de conseguir « la exclusión de una influencia extranjera ». Tal era, en 1904, « la regla de la acción francesa » en este asunto ⁽¹¹⁰⁾.

Y en esta decidida opción por mantenerse dentro de los límites formales de la legalidad internacional, se llegaron a agotar los recursos que el derecho ofrecía con la convocatoria de una Conferencia internacional. Se celebró, a iniciativa de un sultán — lo que significaba la ratificación de su condición de Estado independiente ⁽¹¹¹⁾, por más que, en esta ocasión, fuera evidente la presión de Alemania al efecto —, en Algeciras, entre los meses de Enero y Abril de 1906, y sus efectos propagandísticos fueron enormes.

La elección de la Conferencia, por otra parte, no fue en absoluto casual. Al igual que los congresos, se consideraba una institución y órgano de la Comunidad Internacional, de cuya organización, se decía, eran los fundamentos. F. de Martens ⁽¹¹²⁾, establece una distinción entre ambos que afectaba a los sujetos, objeto y finalidad, tres puntos esenciales todos los cuales se tuvieron en cuenta en virtud de las funciones resolutorias — el principal requisito que identificaba a esta clase de reuniones — que se atribuyeron a los delegados designados *ad hoc*. En este caso, dada su importancia, hubo una especial determinación de cumplir todas las reglas, en especial aquellas dos básicas que había formulado Bluntschli, la primera de las cuales se refería al derecho de cada Estado europeo de acudir a las reuniones de las grandes Potencias cuando afectaban a sus asuntos y, la segunda, que dicha comparecencia debía hacerse en un plano de igualdad de los estados porque se trataba de « persona(s) que disfrutaran de la plenitud de sus derechos en calidad de miembros del Concierto europeo » ⁽¹¹³⁾. Acudieron todos los de

⁽¹¹⁰⁾ A. TARDIEU, *La politique marocaine de la France*, en *Congrès de L'Afrique du Nord*, II, cit., pp. 651 ss., p. 657.

⁽¹¹¹⁾ « Solamente los Estados que son *independientes* (cursiva texto) y están en plena posesión de su soberanía pueden tomar parte en congresos y conferencias ». MARTENS, *Tratado*, I, cit., p. 286.

⁽¹¹²⁾ Ivi, I, pp. 282 ss.

⁽¹¹³⁾ Cit. NYS, *Le Concert*, cit., p. 303.

este Continente y, quizá porque tenía acuerdos comerciales con Berbería y Marruecos que se remontaban a finales del Siglo XVIII, también se invitó a Estados Unidos ⁽¹¹⁴⁾. A pesar de que en nombre de la ‘civilización moderna’ se venía clamando para que la participación de todos los Estados en la creación de derecho internacional dejase de ser « un lejano ideal para convertirse en una evidente realidad » ⁽¹¹⁵⁾, ningún latinoamericano, asiático o africano — con excepción, claro, de Marruecos —, acudió al evento, no obstante la cualidad estatal que se les había reconocido formalmente a los primeros.

A mediados del primer mes del año 1906, cuando comenzaron las sesiones, todos los asistentes tenían claro que aquél era un escenario en el que la cuestión fundamental a solventar eran los problemas derivados de la profunda rivalidad franco-alemana y, por consiguiente, sus efectos sobre la propia situación europea. De hecho, esta había sido la principal causa que inspiró la Conferencia y de una de sus más importantes conclusiones, cual era el cambio en la política marroquí, hasta entonces solucionada por la vía bilateral. Frente a las aspiraciones de una Alemania que, en su opinión « no perseguía ninguna ventaja territorial (sino) la igualdad económica por exigencias mercantiles y de una industria en expansión », Francia — para la que Marruecos, a diferencia de los demás países musulmanes « más o menos europeizados después de un siglo », continuaba en un inquebrantable hermetismo — ratificaba el programa que la había impulsado a firmar el Tratado de 1904: la integridad territorial, soberanía del sultán y libertad de comercio ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁴⁾ BEACH LAWRENCE, *Commentaire*, I, cit., p. 125.

⁽¹¹⁵⁾ NYS, *Le Concert*, cit., p. 311, quien, además, se apoya en la opinión de Metternich en contra de la consideración de factores políticos, como la población o el territorio, para determinar la cualidad de Potencia en el ámbito internacional.

⁽¹¹⁶⁾ TARDIEU, *La Conférence*, cit., p. 40. Una postura ratificada asimismo en su comunicación *La politique*, en el Congreso sobre África del Norte celebrado del 6 al 10 de Octubre de 1908. *Congrès*, II, cit., pp. 652 ss. Dicha comunicación por cierto comenzaba con la siguiente pregunta que había formulado Jules Ferry: « Un bon Français peut-il supporter la pensée de laissez à d'autres qu' à une puissance faible, amie ou soumise, la possession d'un territoire qui est, dans toute l'acception du terme, la chef de notre maison? ».

Con ello pretendía, además, eludir las acusaciones de una combativa prensa germánica que, inspirada por la cancillería — al igual que la francesa — era utilizada para destruir las tesis galas. Fue todo un magnífico despliegue que, por un lado, nos indica la importancia mediática en los asuntos coloniales y, por el otro, es en extremo revelador de la incidencia alcanzada por el ya mencionado conflicto generado por las diferencias en la interpretación *cláusula de la Nación más favorecida*. Con todo, el fondo de la cuestión se fundamentaba en la confrontación de lo que Niemeyer describía como una *política de derecho* francesa y una *política de interés* alemana — por otra parte, ambas perfectamente legales en la época — cuyo punto de partida se encontraba, precisamente, en dicha *cláusula*, recogida por el artículo 17 de Tratado de Madrid de 1880, a la que los alemanes recurrieron para calificar directamente las proposiciones francesas como un protectorado.

Contundente era, en verdad, esta respuesta, y también más cercana a la realidad, como los acontecimientos posteriores se encargaron de demostrar. No obstante, a través de una campaña de prensa inteligentemente articulada, Francia se encargó de desmentir tales acusaciones argumentando que se trataba de « un derecho de protección que nada tenía que ver con un protectorado o con una intervención política », conclusión que, como la anterior, contó con partidarios y detractores en ambos países ⁽¹¹⁷⁾. Un derecho, en todo caso, que desbordaba el contenido jurídico legal ya que, como sus propios titulares lo describían, consistía en el reparto de los puertos, la creación de una policía sometida al control franco-español bajo supervisión suiza y que, solo formalmente, dependía del Majzén, y la fundación de un Banco Nacional marroquí con capital europeo, pero dirigido por españoles y franceses. Porque éstos fueron los asuntos principales, y también más conflictivos, que se trataron durante los casi tres meses que duró la Conferencia.

Después de un largo debate, en el que destacó la reveladora

⁽¹¹⁷⁾ Entre los defensores de la posición francesa se encontraban el citado Niemeyer, como indica TARDIEU, *La Conférence*, cit., pp. 40-41, n. 3, en la que recoge algunas de las tesis publicadas al respecto. Por el contrario, entre los franceses que veían un protectorado E. ROUARD DE CARD, *Le Protectorat de la France sur le Maroc*, Paris, 1905.

exposición del delegado americano afirmando que « si la doctrina Monroe no se lo hubiera impedido, hubiera combatido activamente por la partición de Marruecos en zonas de influencia »⁽¹¹⁸⁾, con la presencia de incidentes diplomáticos y, sobre todo, bajo una fortísima presión de Alemania, que fue abandonada hasta por sus más directos aliados, Francia, aunque no sin esfuerzo, veía conseguidos sus más inmediatos objetivos. Para ello contaba con el beneplácito de Inglaterra que, sin arriesgar nada, satisfacía plenamente sus expectativas con la declaración de Tánger como ciudad internacional y el sometimiento de los ocho puertos más importantes a la supervisión franco-española, manteniendo íntegra su *zona de interés*, que era lo que realmente quería. En este enfrentamiento entre las Potencias, se contó con el apoyo inestimable del gobierno español que, con el sorprendente giro en su política de neutralidad africana a cambio de una ampliación en su zona de influencia y su participación en los puertos, aportaba el requisito de legalidad necesario para no alterar el sistema de *Equilibrio*. A la postre, como había dejado sentado la doctrina, el mantenimiento de la Balanza de Poder no exigía que todos los Estados mantuvieran exactamente las mismas posesiones territoriales, sino que « una única Potencia incrementase las suyas de una manera que pudiera representar una amenaza para las libertades y derechos de los otros estados »⁽¹¹⁹⁾.

En realidad, se trató de un acuerdo entre europeos y sobre derechos de europeos, en especial de aquellos que se consideraban a sí mismos en una situación preferente por el respaldo jurídico que podían invocar a su favor. En el caso de Francia, para la que, textualmente, Marruecos era « el Boulevard de Argelia », la indiscutibilidad de sus derechos procedía de la vecindad y la recuperación de los empréstitos; para España, la ‘sacralidad’ de los suyos radicaba en esos argumentos, las posesiones territoriales y en « la protección de los súbditos de S.M.C. (que) son los que en mayor número viven en el Imperio »⁽¹²⁰⁾.

En estas circunstancias, el 7 de Abril de ese año se aprobaba el

⁽¹¹⁸⁾ Ivi, p. 335.

⁽¹¹⁹⁾ PHLLIMORE, *Commentaries*, I, cit., p. 614.

⁽¹²⁰⁾ Javier BETEGÓN, *La Conferencia de Algeciras. Diario de un testigo*, Con notas de viajes á Gibraltar, Ceuta y Tánger, Madrid, 1906, p. 179.

Acta General de la Conferencia de Algeciras, estimada con razón como « el tercer instrumento plurilateral para regular la acción internacional » en África, con las de Berlín y Bruselas. Las tres declaraciones y los dos reglamentos, incluidos el Acta de constitución del Banco de Estado con capital extranjero y único agente financiero del gobierno, y el reglamento de aduanas en el que se proponía una comisión de ocho miembros de cuya designación solo tres correspondía al gobierno marroquí, son, con la de policía en los términos ya aludidos, un testimonio fehaciente de que el Imperio cherifiano había perdido de hecho su independencia. En nombre de la libertad de comercio, tan cara al liberalismo, se fijaron las líneas de una política fiscal y aduanera que implicaba inmovilidad de tarifas y control francoespañol de los principales puertos, se prohibió al gobierno marroquí « enajenar servicios públicos en provecho particular » sino en pública subasta cuyas condiciones debían participarse al cuerpo diplomático y, finalmente, se le impuso la obligación de aceptar tres créditos del nuevo Banco de Estado, uno de los cuales estaba destinado a sufragar los gastos derivados del sostenimiento del recién nacido cuerpo de policía a cuya creación se había opuesto ⁽¹²¹⁾.

Se consumaba así la llamada ‘política de puertas abiertas’ no discriminatoria, basada, como se observa, en el reconocimiento de normas fiscales y mercantiles que, en nombre de la ‘pacificación’, prevían una igualdad de oportunidades para los europeos. Firmada por todos los asistentes, a pesar de sus remisiones a la integridad territorial y el respeto a la soberanía, es un ejemplo cabal de colonialismo finisecular, no en vano identificado con el Imperialismo, de cuyos principios es un fidelísimo exponente.

Marruecos, que figuraba como el promotor y convocante y cuyo destino se estaba debatiendo, fue un auténtico convidado de piedra. De hecho, a fuerza de no ser oído ni siquiera en aquellas cuestiones primordiales sobre las que tenía su propia propuesta, sus delegados amenazaron con la ausencia, sometidos como estaban a una total postergación. Las palabras del periodista español Javier Betegón, corresponsal *in situ*, son elocuentes en extremo: « *Mot de la fin* (sic)

⁽¹²¹⁾ El texto de la Conferencia y la frase entrecomillada en J.M. CORDERO TORRES, *Textos*, I, cit., pp. 173 ss. y 46, resp.

de la sesión... los Delegados moros, que también llevaban preparado su proyecto de policía, no se atrevieron a sacarlo a la luz. El tercer proyecto del día — y el más conflictivo — quedó, pues, embotellado » ⁽¹²²⁾, esto es, aprobado. Con este aire triunfalista, transcripción literal del ambiente que allí se respiraba, ni siquiera se mencionó el sacrificio de las normas jurídicas por imperativo de unos intereses políticos que nadie se molestó en disfrazar y contra los que, sin embargo, ningún delegado se atrevió a protestar abiertamente porque, de una u otra forma, todos salían beneficiados.

11. *El abandono de 'políticas vagas'. De la penetración pacífica al conflicto armado.*

La euforia, sin embargo, no duró mucho tiempo. Porque la solución aportada por el *Acta de Algeciras*, para la que se había previsto una vigencia de cinco años, planteó conflictos inmediatos de difícil resolución por la vía diplomática. Las dos Partes perdedoras, Alemania y el Imperio marroquí, optaron inmediatamente por vías alternativas que, asimismo, encontraban apoyo en el propio Ordenamiento jurídico. Razones jurídicas, desde luego, no faltaban para proceder a una acción en este sentido. Alemania, en efecto, podía fundar su oposición en la alteración de la Balanza de Poderes por, al menos, dos causas reconocidas de las que la expansión económica y, en consecuencia, el aumento de poder que amenazaba seriamente las libertades (en este caso mercantiles) de otro Estado ⁽¹²³⁾, era la más relevante. Por su parte Marruecos veía en el instrumento una imposición que provocó la inmediata resistencia del gobierno del sultán.

De hecho, por el *Acta*, el Imperio Cherifiano quedaba sometido a una auténtica *servitus iuris gentium in patiando*, una servidumbre de carácter positivo ya que se trataba de sufrir y aceptar las condiciones impuestas por las Potencias europeas ⁽¹²⁴⁾. En este sentido, no obstante las proclamas en contrario, la soberanía quedaba seriamente afectada por la que, en teoría, se estimaba una de

⁽¹²²⁾ BETEGÓN, *La Conferencia*, cit., p. 241.

⁽¹²³⁾ PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., p. 614.

⁽¹²⁴⁾ Ivi, pp. 389 ss.

las más graves infracciones del Derecho Internacional: la que prohibía explícitamente la adopción de medidas o actos que menoscabasen « los tres elementos naturales del Estado, esto es, territorio, población y gobierno » (125). Pero eran, no obstante, prescripciones que entraban más dentro del Derecho Internacional Universal o Natural que del Positivo o Práctico. Por consiguiente, aunque la doctrina reconocía la legitimidad de la autodefensa contra quienes procediesen a la realización de tales actos, también es cierto que relegaba los mismos al campo de la moral para justificar una práctica más habitual de lo deseable, limitándose, como hace Phillimore, a lamentar la misma con el argumento de que « es verdad que la ambición convierte tales principios a menudo en pretextos » (126).

Posiblemente fuera ésta una de las razones por la que ninguna de las dos Partes recurrió a argumentos de este género, pero tampoco permaneció pasiva. El periodo que se abrió después de 1906 fue el de una ruptura de hostilidades, apenas encubierta, que se llevó a cabo en dos campos de batalla, Europa y África. La indiferencia mostrada por el gobierno británico, que únicamente quería frenar las pretensiones alemanas en la zona (127), ante actuación abusiva de Francia en una muy lata interpretación del *Acta de Algeciras*, desencadenaron un conflicto al que ni siquiera puso fin el Tratado franco-alemán de 7 de Noviembre de 1911, firmado en medio de enormes suspicacias y reservas, por el que el Gobierno Imperial alemán mostraba su desinterés en los asuntos marroquíes a cambio de la garantía y protección de la libertad de comercio (128). En este sentido, la cuestión marroquí no fue sino la toma de conciencia de una profunda oposición germano-francesa, cuyo desenlace fue la Primera Guerra Mundial y que tuvo su primera

(125) GESTOSO Y ACOSTA, *Curso Elemental*, cit., p. 131.

(126) PHILLIMORE, *Commentaries*, I, cit., p. 637.

(127) Trasmitido por el Ministro de asuntos exteriores sir Edgard Grey al embajador español en Londres, marqués de Villa-Urrutia, tras la queja formulada acerca de la injerencia francesa en la zona de influencia española, según carta de éste al ministerio de Madrid, de fecha 7 de Febrero de 1908. MARQUÉS DE VILLA-URRUTIA, *Cartas al Ministro de Estado (1907-1909)*, Edic. introd. y notas de J. M. ALLENDESALAZAR, Madrid, 1994, pp. 116 ss.

(128) *Convención de desinteresamiento alemán (7 Noviembre de 1911)*, en J.M. CORDERO TORRES, *Textos*, II, cit., pp. 87 ss.

manifestación en la denominada crisis de Agadir, cuando una cañonera alemana ancló en este puerto controlado por los franceses. Por su lado, el gobierno de Marruecos procedió a una oposición armada, agravada por las constantes y tradicionales rebeliones de las cabilas. Esta fue, sin duda, la peor — aunque posiblemente la única — de las opciones, porque se convirtió en el *casus belli* que abrió literalmente a Occidente el camino para la formalización jurídica de lo que ya era una situación *de facto*, esto es, el protectorado.

Haciendo más suya la opinión de Lorimer « cuando un Estado pierde la autoridad sobre sus propios súbditos y cae en la anarquía deja de ser Estado » (129), que la Petición cursada por el pueblo georgiano a los Estados Unidos en la conferencia de La Haya de 1907, en la que, además de la reivindicación de la igualdad racial y de los pueblos en tiempos de paz y guerra, se incluía la solicitud a las ‘potencias dominantes’ de que todos los pueblos sometidos pudieran entender de sus asuntos domésticos — petición que ni siquiera fue considerada por la comisión encargada de los trabajos preparatorios de la que se preveía sería la tercera conferencia (130)— tales Potencias fueron preparando el terreno al respecto. Es decir, convertir al Imperio en un Protectorado, un Estado semi-soberano, lo que equivalía a privarle « del ejercicio de ciertos derechos que son esenciales para la perfección de la soberanía » (131). En la práctica, no fue más que la ratificación jurídica de una situación existente desde la celebración de Conferencia.

Hablando en rigor, es necesario recordar que, a pesar de su explícita manifestación acerca de que la celebración de la Conferencia y la firma de los acuerdos con España e Inglaterra eran una medida necesaria para « evitar en lo posible los obstáculos europeos » (132), hacía tiempo ya que Francia había optado decidida-

(129) J. LORIMER, *Principios*, cit., p. 87.

(130) Resulta muy ilustrativo a este respecto comprobar como la mayor parte de las proposiciones que recogía este programa, fechado el 30 de Noviembre de 1911 precisamente, están destinadas a cuestiones relativas a la guerra y los derechos de los beligerantes. La *Pétition* y « Le programme de la prochaine conférence de la paix. Rapp.ort fait à l'Institut de Droit International au nom d'une comisión spéciale » en « RDILC », 43, 1911.

(131) WHEATON, *Éléments*, I, cit., p. 43.

(132) Así, al menos, se explicaba, TARDIEU, *La politique*, en *Congrès*, II, cit., p. 659.

mente por la vía armada, abandonando la penetración pacífica que, a este respecto, no parece haber aplicado nunca en este caso. Era este un secreto a voces, hasta el extremo de que, en 1908, Depincé, jefe del Servicio de la Unión Colonial Francesa, no dudó en mostrar efusivamente su público agradecimiento a « los valientes tropas, indígenas y francesas que, en Marruecos... defienden los intereses y los derechos de Francia al mismo tiempo que la causa de la civilización » (133) y que, desde 1903, venían operando sobre el terreno en abierta infracción de lo dispuesto por la legalidad internacional y el acuerdo de 1904.

Por su parte, España, cuya política exterior estaba prácticamente reducida al ‘problema marroquí’ (134), tras buscar el apoyo de una Inglaterra deseosa de conservar a toda costa el *statu quo*, cerraba los ojos a lo que era una intervención armada en toda regla a cambio de que ambos países corrieran con la sufragación de los gastos. Al fin y al cabo, como escribía el corresponsal del *Times* en Fez, el objetivo final no era más que el de « fomentar un plan de cooperación del capital internacional, el único sistema practicable en un país cuya situación interna e internacional es anormal » (135).

Se trata, ante todo, de una impresionante operación financiera para proceder al reparto de un botín inmenso. Los fundamentos jurídicos relativos a la recuperación de créditos, e incluso al resarcimiento por daños, que también podía invocarse, quedaron eclipsados por el más demagógico discurso colonialista con su remisión a la civilización, cuyos beneficios sobre estos « ladrones por instinto, piratas por naturaleza » que eran los magrebíes no sometidos a las Potencias europeas, conformaban uno de los principales objetivos de las Sociedades Anónimas coloniales (136). Su aplicación, que

(133) *Congrés*, I, cit., p. 5.

(134) MARQUÉS DE VILLA-URRUTIA, *Cartas*, cit., p. 17.

(135) Un plan dedicado especialmente a la explotación minera y los problemas suscitados por las concesiones de esta naturaleza. El artículo *Mining concessions in Morocco*, lleva fecha de 5 y 6 de Abril de 1909 y una copia del mismo fue remitido por el embajador español en Londres el día 13 siguiente. *Ivi*, pp. 240-41.

(136) La expresión y el sentido del párrafo está extraído de J. VERNE, *L'invasion de la mer*, aparecido justamente por esas conflictivas fechas y que forma parte de una serie de títulos que el novelista dedicó a resaltar las bondades de la colonización africana. Uso aquí la traducción española, *La invasión del mar*, Madrid, 2002.

ahora llegaba a su máxima expresión a través de la exasperación de criterios racistas que diferenciaban entre europeos y marroquíes y entre árabes y bereberes en un país al que, hasta hacía bien poco, se le había incluido entre los avanzados, era, con mucho, el más adecuado para subsanar la anormalidad mediante un estado de guerra. En 1909, Marruecos era un campo de batalla que contaba con el beneplácito del partido colonialista francés y la tajante oposición de la opinión pública española para la que la campaña era únicamente « una guerra de banqueros »⁽¹³⁷⁾.

12. *Consumación de una 'mission providentielle'. La constitución de Protectorado francoespañol en Marruecos.*

La primera consecuencia, que va de suyo, fue la constitución del Protectorado previsto por el Tratado de Fez en el que se contemplaba la partición territorial entre los interesados más directamente implicados. Francia lo firmó el 30 de Marzo de 1912 con el sultán; el 27 de Noviembre siguiente España, a través de un convenio con este país firmado en Madrid, hacía lo propio para su parte. Se trataba de una zona sensiblemente más reducida que la que se le había concedido ocho años antes, ya que frente a los 4. 500 kilómetros que se había adjudicado Francia, y que incluían las ciudades más importantes, entre ellas la capital, se encontraba con una franja costera al Atlántico — como querían los ingleses — y una zona al sur del río Dra⁽¹³⁸⁾.

En cualquier caso la constitución, realizada, por cierto, en medio de un cambio dinástico potenciado por el gobierno francés, consumaba *de iure* la colonización marroquí. Aunque la evolución posterior conforma un extenso y conflictivo capítulo que merece, como es obvio, una atención específica, es necesario dejar constancia, sin embargo, que, en este supuesto, como había ocurrido con Túnez en 1881, existía un problema jurídico de origen, cual es la calificación del mismo. El conflicto, ciertamente más teórico que

⁽¹³⁷⁾ VILLALOBOS, *El sueño*, cit., p. 69.

⁽¹³⁸⁾ El *Tratado de Protectorado francoespañol* (30 Marzo de 1912) y *Convenio hispanofrancés* (27 de Noviembre de 1912), en CORDERO TORRES, *Textos*, II, cit., pp. 92 ss.

práctico, se origina porque, hasta entonces, la doctrina distinguía claramente entre dos grandes formas o clases del mismo, el denominado « ordinario internacional o protectorado en sentido estricto », y el ‘colonial’, es decir « un protectorado sobre regiones no civilizadas ». En este último caso, se trataba del mecanismo más utilizado por los ingleses para su gobierno en India, donde crearon varias modalidades diferentes, entre ellos el ‘fronterizo’, cuyo objetivo era la seguridad, y el de ‘acceso’, con fin prioritariamente mercantil. Éste, de hecho, había sido el recurso habitual que la *Compañía de las Indias Orientales* desde mediados del Siglo XVII había utilizado para introducirse en el Imperio mongol. Pero, en la medida que su naturaleza responde de una manera fidelísima a sus requerimientos, fue también utilizado, en todas sus versiones, por Francia en Indochina, convirtiéndose así en el instrumento más generalizado del colonialismo desde finales del Siglo XIX ⁽¹³⁹⁾. O lo que es lo mismo, a esa etapa en la que los Estados no quieren asumir, por su elevado e impopular coste, el gobierno directo, sino, simplemente, ejercer su influencia para hacer prevalecer sus derechos aduaneros e impedir la presencia de terceros.

En este sentido, el protectorado colonial responde a una concepción completamente diversa a los protectorados constituidos sobre zonas civilizadas, el eficaz mecanismo que la Europa de *Equilibrio* y el *Concierto* inauguró desgajando paulatinamente las posesiones turcas en el Viejo Continente a través de una peculiar interpretación de la soberanía y el territorio, del *dominium* y la *proprietates*, de la administración y el *imperium*, que tanto contribuyeron a articular su propia teoría del Estado ⁽¹⁴⁰⁾. En realidad, no era más que un mecanismo perfectamente diseñado desde una concepción eurocentrista para la que era vital demostrar en todo momento la superioridad racial y cultural de la civilización por excelencia.

El caso de Marruecos, que en Algeciras se presentó, al igual que había sucedido con la Puerta, simplemente como una situación de *minutio majestatis*, por la que se veía impedido en lo sucesivo a

⁽¹³⁹⁾ E. NYS, *L'acquisition du territoire et le droit international*, I, en « RDILC », 1905, *passim*.

⁽¹⁴⁰⁾ L. GÉRARD, *Des cessions déguisées en droit international public*, Paris, 1904, *passim*.

mantener relaciones internacionales independientes en virtud de la reducción de su soberanía exterior — y también interior, ya que solo nominalmente conservaba poder de decisión en los asuntos relacionados con el gobierno interno —, revestía ahora una dificultad que parecía insalvable. El hecho de que hubiera sido un Estado a todos los efectos para el Derecho Internacional, le excluía automáticamente de pertenecer a las regiones no civilizadas, pero tampoco, por las razones expuestas, podía aplicársele sin más el protectorado internacional reservado para los territorios europeos, sobre todo después de la campaña tan bien organizada para definir el país como un conjunto tribus nómadas sin conexión entre ellas.

Ante esta complejidad que no ofrecía una solución fácil, la doctrina optó por la vía más pragmática. Para los expertos de entonces, el protectorado marroquí sería así una de esas formas que, desde la proclamación del mismo en Túnez, el *Concierto* europeo había creado al efecto. En este sentido, como exponía Chailley-Bert en 1899, a pesar del nombre, no era más que « un procedimiento, un expediente, un truco por el cual una potencia ansiosa de meter la mano sobre un territorio evitaba las complicaciones de una ocupación »⁽¹⁴¹⁾. De este modo, al mismo tiempo que, en Marruecos, se eludían las rígidas normas que regulaban el protectorado de derecho de gentes, se le recluía también a lo que en verdad se pensaba acerca de él, y que únicamente una práctica comercial, ahora en peligro por los nuevos usos internacionales, había conseguido posponer. Una operación de singular importancia y, por otro lado, impecablemente ajustada a derecho ya que, no obstante el cambio cualitativo que implicaba, venía amparada por la resolución emitida por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión celebrada en Lausana en 1888. Allí, en efecto, casi al mismo tiempo que Eduardo Cimbali denunciaba que la relación de dependencia de las colonias con las naciones europeas era una violación de la independencia de los pueblos indígenas⁽¹⁴²⁾, sólo se había reconocido como principio

⁽¹⁴¹⁾ J. CHALLEY-BERT, *Les protectorats de l'Inde britannique. Rapport préliminaire*, Institut colonial international. Session de Bruxelles, 1899, p. 46, cit., Nys, *L'Acquisition du territoire*, I, cit., p. 65.

⁽¹⁴²⁾ E. CIMBALI, *Popoli barbari e popoli civili. Saggio di diritto internazionale universale*, Roma, 1891², *passim*.

general « la notificación obligatoria para los casos de ocupación y protectorado », ratificando así la teoría del *Hinterland* sin considerar otras posibilidades.

Como construcción típica de la política colonial — de hecho es su buque insignia, y como tal, calificada en su día por Engelhard ⁽¹⁴³⁾ « salvaguarda y tutela bienhechora y preservadora de los intereses » —, el protectorado colonial era sobre todo un medio extraordinariamente eficiente. Se trataba, en fin, de un procedimiento que se distinguía claramente de las otras clases reconocidas por el Derecho Internacional porque, además de eliminar las pretensiones de otros Estados, resultaba infinitamente menos oneroso.

Tal vez resida ahí la explicación de por qué la oposición de aquellos que con más razón deberían clamar contra esta práctica extremadamente liberal, los socialistas, fue tan endeble. Frente a la mayoría que se identificaba con el programa colonialista de la propia Internacional, solo una minoría cualificada encabezada por Kautsky y Jules Guesde, condenó y rechazó el mismo como un factor de progreso ⁽¹⁴⁴⁾. Al final resultaba que, para toda Europa, con independencia de las ideologías, las oportunidades derivadas de un inmenso mercado global regido por la libertad de comercio y solapadas bajo esa redentora *mission civilisatrice*, eran infinitamente más interesantes que cualquier otra consideración. Después de todo, no solo encontraba pleno acomodo sino que había sido una causa eficiente del *ius publicum europaeum*.

Para España, la aventura africana, en la que había entrado, en contra de la opinión pública nacional, por presiones de una oficialidad acomplejada tras los sucesos de 1898, compromisos económicos de los gobiernos de turno y el interés directo de un inexperto Alfonso XIII, fue un amargo recorrido de fracasos y un elevadísimo coste por la abierta oposición de las cabilas que solo empezó a suavizarse a partir de 1926. Su « triste papel en el Norte de África » quedó espléndidamente reflejado por el internacionalista Yangüas Messia en el transcurso de una conferencia pronunciada en 1919

⁽¹⁴³⁾ Ed. ENGELHARD, *Considérations historiques et juridiques*, cit., p. 355.

⁽¹⁴⁴⁾ M. FERRO, *Histoire des colonisations des conquêtes aux indépendances XIIIe – Xxe siècle*, Paris, 1994, pp. 258 ss. y COSTA, *Civitas*, 3, cit., cap. X-4, en especial pp. 497-9.

sobre la Sociedad de Naciones, en la que, por cierto, reivindicaba la independencia marroquí. Ahí, en efecto, lo describía como el de « porteros en el Estrecho de Gibraltar para garantizar la libertad de comercio en beneficio de las grandes naciones rivales que más bien que reconocernos un derecho, nos impusieron una verdadera servidumbre internacional ». En resumen, « una posición ambigua y poco firme » ⁽¹⁴⁵⁾, extremadamente costosa, pero en la que se mantuvo hasta la desaparición del Protectorado en 1956.

⁽¹⁴⁵⁾ YANUAS MESSIA, *España y la Sociedad de Naciones* (Conferencia universitaria pronunciada el sábado 15 de febrero de 1919), Texto taquigráfico de la misma, Madrid, 1919, pp. 19 ss.

ALICIA CAMPOS SERRANO

COLONIA, DERECHO Y TERRITORIO
EN EL GOLFO DE GUINEA:
TENSIONES DEL COLONIALISMO ESPAÑOL
EN EL SIGLO XX (*)

1. Derecho y colonia. — 2. Colonia y territorio en la Guinea española. — 3. Desposesión inicial y pluralismo jurídico. — 4. Tierra y derecho colonial: el Real Decreto de 1904. — 5. ¿Braceros o pequeños propietarios? — 6. Abuso y protección: incapacitando a los africanos. — 7. La colonización agrícola indígena y los límites de la civilización. — 8. Conclusiones.

1. *Derecho y colonia.*

El papel de lo jurídico durante la experiencia colonial de los siglos XIX y XX ha merecido recientemente una atención minoritaria pero seria, al hilo del interés de las ciencias sociales por los imaginarios y las instituciones. Se ha dicho que el derecho fue central al colonialismo europeo ⁽¹⁾, y Bartolomé Clavero llega a afirmar que la justicia europea « no ha sido una reflexión y un reto para el colonialismo, sino su firme y su medio, su base y su modo incluso en tiempos de constitucionalismo » ⁽²⁾. Este artículo se toma en serio esta tesis; y también la matiza.

Para los colonialistas europeos, la relevancia del derecho se fundaba en su doble carácter instrumental, como medio de control

(*) Este trabajo ha sido posible gracias a una beca postdoctoral de la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo.

(1) K. MANN y R. ROBERTS, *Law in Colonial África*, Portsmouth, Heinemann, 1991; A.M. HESPANHA, *Le Droit et la domination coloniale européenne. Le cas de l'empire coloniale portugues*, (version provisoire), en <http://www.hespanha.net>, 2003.

(2) B. CLAVERO, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias, ayer y hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 73. Agradezco aquí los comentarios, el apoyo y la confianza del profesor Pipo Clavero en mis incursiones por la historia del derecho.

social y como vía de expansión cultural. El derecho se situaba en la encrucijada entre los principales objetivos de la colonización, que incluían tanto la explotación y rentabilidad económicas, como el control y el orden social, pasando por una autoadjudicada misión de civilización ⁽³⁾. Pero las normas e instituciones jurídicas fueron también un lugar privilegiado del *encuentro colonial*: muchas de las propuestas normativas de los europeos fueron contestadas, asumidas, resistidas o modificadas por los africanos, cuyas reacciones constituyeron parte fundamental del proceso de creación de la realidad colonial.

Lo que surgió de este proceso fue un orden jurídico caracterizado por una profunda ambigüedad, que estribaba en el contraste entre la explícita intención expansiva del derecho metropolitano, y el hecho de que éste nunca regiría plenamente en las colonias, pues siempre se trató de un ordenamiento especial ⁽⁴⁾. La distinción, impregnada de criterios raciales, entre europeos e indígenas, se convirtió en elemento constitutivo del proyecto colonial: mientras a los primeros afectaba la ley metropolitana como *ciudadanos* de un estado europeo, los segundos sólo podían considerarse *súbditos* sin derechos individuales ⁽⁵⁾. Todo ello se sustentaba en la percepción de los africanos como sujetos esencialmente ‘tribales’, pertenecientes a comunidades territorial, lingüística y culturalmente diferenciadas,

⁽³⁾ Sobre las contradicciones del estado colonial ver B. BERMAN y J. LONSDALE, *Coping with the Contradictions. The Development of the Colonial State, 1895-1914*, en Id., *Unhappy Valley. Conflict in Kenya and África*, London-Nairobi-Athens, James Currey-Heinemann Kenya-Ohio University Press, 1992; R.F. BETTS, *Métodos e instituciones de la dominación europea*, en *Historia General de África*, vol. VII, a cargo de A. ADU BOAHEN, Paris-Madrid, Unesco-Tecnos, 1987.

⁽⁴⁾ Esta contradicción no era, empero, totalmente extraña a la Europa liberal de finales del siglo XIX, pues si la soberanía nacional y las libertades personales de todos los ciudadanos constituían fundamentos de los estados nacionales europeos desde las revoluciones burguesas, eran muchas las trabas y los estatus especiales que mantenían a gran parte de la población — asalariados, mujeres o nativos de las colonias — al margen de los derechos disfrutados por la minoría de individuos propietarios. Las flamantes ciencias sociales contribuyeron con teorías diversas a legitimar la exclusión de los derechos del hombre y del ciudadano a tan amplia humanidad. A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, Ed. Tecnos, 2002, pp. 174-5, 222; ID., *Le Droit*, cit., 2003.

⁽⁵⁾ M. MAMDANI, *Citizen and Subject. Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, Princeton NJ, Princeton University Press, 1996.

gobernadas por jefes y donde la libertad del individuo se supeditaba siempre a las necesidades del grupo (6). El sistema jurídico de la colonia, en el marco de lo que los británicos llamaron el *gobierno indirecto*, trató de integrar parte de los sistemas indígenas de regulación social, reputándose a la *costumbre* africana, supuestamente inmemorial, como fuente principal de derecho para los africanos. Los europeos se convertían así en los garantes de la tradición africana y de su inmovilidad.

Sin embargo, los colonizados no se limitaron a jugar el papel que los dominadores europeos les asignaban, y trataron de sacar provecho de las nuevas circunstancias para aumentar su poder, liberarse de antiguos lazos o transformar sus instituciones en un sentido más favorable (7). Si la dicotomía de ciudadanos y súbditos subyacía al imaginario imperialista en su conjunto, las diferenciaciones sociales y constelaciones de intereses que el colonialismo generó en África fueron mucho más complejas y fluidas. Y aunque a veces intentara cristalizarlas, el derecho no dejó de reflejar la fluidez y volatilidad de la situación colonial, convirtiéndose así en un espacio de controversia, producto tanto del imaginario y las propuestas europeas como de las dinámicas y reacciones africanas (8).

Es este papel de intermediario social, y no tanto su capacidad de control y disciplinamiento, lo que convierte al derecho en un ámbito tan central al colonialismo. Existían mecanismos más eficaces e imperativos para lograr la sumisión de los africanos, y que no necesitaban de derecho alguno, como bien sabían militares o terratenientes. También había otros lenguajes legitimatorios de la dominación colonial más allá del jurídico, como el desplegado por misioneros y antropólogos. Pero el derecho colonial contribuyó más que nada a encauzar las tensiones sociales en una época de transformaciones económicas y sociales dramáticas, en la que se dieron fuertes dinámicas de diferenciación y reproducción de la desigualdad. Las nuevas condiciones coloniales exigían definir de manera

(6) T. RANGER, *The invention of tradition in colonial Africa*, en E. HOBSBAWM y T. RANGER, *The invention of tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.

(7) T. RANGER, *The invention of tradition revisited: the case of colonial Africa*, en *Legitimacy and the State in Twentieth-Century Africa*, a cargo de T. Ranger y O. Vaughan, London, The Macmillan Press, 1993.

(8) MANN y ROBERTS, *Law*, cit., p. 3.

aceptable socialmente quiénes tenían derecho a la tierra, quiénes podían ser obligados a prestar su trabajo o quiénes podían aspirar a ocupar un puesto de privilegio en el sistema, y el derecho ofreció la arena de los conflictos entre las interpretaciones divergentes sobre los criterios de inclusión o exclusión que debían prevalecer ⁽⁹⁾.

La apropiación y el uso de la tierra constituye una de las dinámicas coloniales clave para indagar en todos estos procesos, lo que aquí haremos en el caso de la pequeña colonia española en el Golfo de Guinea ⁽¹⁰⁾.

2. *Colonia y territorio en la Guinea española.*

El acceso y uso de la tierra constituye uno de los escenarios fundamentales de la explotación y la tensión coloniales en África. El colonialismo de finales del siglo XIX se caracterizó precisamente por las peculiares relaciones que estableció con el territorio: frente al imperialismo comercial de la era liberal, se buscaba la ocupación territorial efectiva. Uno de los principales objetivos de esta ocupación era el control directo de las fuentes de producción, en este momento mayoritariamente agrícolas, lo que los europeos consideraron entonces como la *puesta en valor* del continente ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ S. BERRY, *No Condition Is Permanent. The Social Dynamics of Agrarian Change in Sub-Saharan Africa*, Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 1993; ID., *Debate sobre la historia y el problema de la tierra en África*, en «ISTOR, Revista de Historia Internacional», IV, 2003; M. CHANOCK, *Law, Custom and Social Order. The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985; ID., *Paradigms, Policies and Property: A Review of the Customary Law of Land Tenure, en Law in Colonial Africa* a cargo de K. MANN y R. ROBERTS, Portsmouth-London, Heinemann-James Currey, 1994.

⁽¹⁰⁾ Las fuentes principales de este trabajo han sido la documentación del Archivo General de la Administración de Alcalá de Henares, fondo de África — Guinea (AGA África G); algunos estudios coetáneos, disponibles en la Biblioteca Nacional (Madrid); y las normas aprobadas y publicadas para la Guinea española, recopiladas por A. MIRANDA JUNCO, *Leyes coloniales*, Madrid, D.G. Plazas y Provincias Africanas, 1945 y J. M. PEÑA Y GOYOAGA, *Repertorio de Legislación Colonial. Años 1945-1954*, Madrid, Artes Gráf. Fénix, 1955. Los Reales Decretos y Reales Órdenes son normas aprobadas por el gobierno metropolitano, y los Decretos, Órdenes y Ordenanzas se refieren a normas aprobadas por el gobierno general de la colonia, salvo que se señale lo contrario.

⁽¹¹⁾ Este fue precisamente el título de una obra del ministro francés de Colonias,

La idea de que gran parte de África era tierra de nadie, o que los indígenas estaban desaprovechando su potencial productivo, se convirtió en uno de los discursos más frecuentes con que se legitimó la invasión europea ⁽¹²⁾. Los heterogéneos usos y relaciones de los africanos con el territorio, pocas veces identificable con la propiedad privada del imaginario jurídico europeo, fueron ignorados o caracterizados simplemente como parte de una genérica propiedad tribal comunitaria. En este contexto, la mayoría de las potencias coloniales, entre ellas España, declararon todo el territorio como propiedad del estado, aun antes de tener el control militar y administrativo efectivo. El siguiente paso era la concesión a particulares de terrenos más o menos extensos para la extracción o el cultivo de productos dirigidos a los mercados metropolitanos e internacionales.

Este proyecto de *ingeniería territorial* se iba a ver confrontada con numerosas limitaciones, derivadas tanto de las reticencias de los sectores económicos metropolitanos a implicarse en el continente como de las condiciones que fue imponiendo el mismo encuentro colonial. De modo que la expropiación y desposesión de tierras que conllevaba la penetración europea se dejó sentir de muy diferentes maneras a lo largo del tiempo y el espacio. Pero más allá de las concretas políticas territoriales y agrícolas desplegadas, la situación colonial en su conjunto no dejó de alterar en todas partes las relaciones sociales de los colonizados en torno a la tierra.

La diversidad de los usos y regulaciones de la tierra durante el colonialismo está bien ilustrada en los pequeños territorios del Golfo de Guinea que correspondieron a España en el reparto de África. La presencia europea, inicialmente británica, en la isla de Fernando Poo se remontaba al imperialismo informal de la segunda década del siglo XIX, y desde entonces había dado lugar al asentamiento de numerosos inmigrantes, muchos de ellos esclavos liberados, provenientes de otras partes de la costa occidental africana. Esta sociedad criolla se volcó en el comercio de palma primero y en el cultivo de plantaciones de cacao más tarde, conviviendo hasta finales de siglo con una población au-

Albert Sarraut, justificando la colonización: A. SARRAUT, *La mise en valeur des colonies françaises*, Paris, Payot, 1923.

⁽¹²⁾ J. BONELLI RUBIO, *El problema de la colonización*, Madrid, Dirección General de Marruecos y Colonias, 1944.

tóctona que aunque participó de esta economía, apenas se integró en la nueva sociedad colonial. Cuando el gobierno español quiso ejercer su soberanía sobre Fernando Poo en la segunda mitad de siglo, comenzó gobernando sobre una sociedad multicultural, con un proyecto colonial basado en el asentamiento de colonos y en la explotación agrícola, más parecido a las colonias de poblamiento de Sierra Leona o Senegal que a lo que luego prevalecería en la mayor parte de África occidental⁽¹³⁾. Ante ello, la población autóctona *bubi* iba a resistir con empeño los intentos periódicos de conversión en mano de obra para las fincas de europeos y criollos, y con el tiempo adoptaría la estrategia de desbrozar el bosque y establecer cultivos comerciales propios, especialmente de cacao.

La parte continental de la colonia española en África ecuatorial, Río Muni, no sería delimitada hasta 1900 ni ocupada totalmente hasta los años treinta. Aquí la presencia colonial se restringió durante mucho tiempo a la costa, donde los comerciantes europeos buscaban mano de obra para la isla y más tarde madera del bosque tropical. Pero la integración de este territorio en la economía colonial se completó por obra de los pequeños productores africanos que establecieron fincas de cacao, banana y sobre todo café. La historia de la colonización española en Guinea puede contarse por tanto como la transición, incompleta, de una colonización de asentamiento y explotación de colonos a una colonización de explotación por pequeños agricultores africanos. Y es una historia que queda reflejada precisamente en el derecho colonial y sus transformaciones, como veremos en las siguientes secciones.

Si las trayectorias coloniales resultaban a veces tan alejadas de los iniciales proyectos metropolitanos fue debido en parte a las contradicciones de los mismos intereses europeos en juego. La puesta en valor de las tierras ocupadas por colonos exigía que los africanos jugaran el papel de mano de obra barata. Pero éstos tendían a ofrecer resistencia a convertirse en obreros agrícolas, lo que sólo podía quebrarse con el recurso a una violencia que, si no se limitaba, podía amenazar con otra de las aspiraciones principales del

(13) Sobre la primera sociedad colonial de Fernando Poo ver A. MARTÍN DEL MOLINO, *La ciudad de Clarence*, Madrid-Malabo, Centro Cultural Hispano Guineano, 1993.

imperialismo: el mantenimiento del orden social. Además, el abaratamiento de la mano de obra exigía que se asegurara el sostenimiento del trabajador por la economía familiar y su acceso a la agricultura de subsistencia.

De modo que, como dice Sarah Berry, los colonizadores « estaban interesados tanto en reunir la tierra con la mano de obra, como en mantenerlas separadas », lo que hacía a « las políticas de mano de obra y de tierra tan opresivas como fluctuantes » (14). La escasez endémica de braceros en las plantaciones de Fernando Poo intentó subsanarse importando mano de obra más o menos forzosa de las costas occidentales del continente, u obligando a las autoridades locales bubi a proporcionar trabajadores de entre los habitantes autóctonos. Al mismo tiempo, se trató de delimitar la llamada ‘propiedad indígena’ vinculada a los ‘poblados’, cuyo uso y disfrute debía ser establecido por los *botukos* o jefes locales de acuerdo a la *costumbre* bubi.

No obstante, el comportamiento de los colonizados no se ajustaría siempre a los moldes diseñados para ellos. Las políticas coloniales y la creciente comercialización agrícola, lejos de enclausurar a la población africana en nichos de tradición, generó un proceso de transformación, acumulación económica y diferenciación social. Luego serían las mismas autoridades colonizadoras las que observarían algunas iniciativas de los africanos como el mejor modo de obtener beneficios de la colonia, manteniendo al mismo tiempo una cierta legitimación entre la población. El derecho sería uno de los medios con los que se intentaría combinar la rentabilidad económica con el orden social.

3. *Desposesión inicial y pluralismo jurídico.*

Cuando a mediados del siglo XIX el gobierno español quiso regular el uso de la tierra en sus posesiones ecuatoriales, existía asentada en Fernando Poo una economía colonial en transformación, en la que plantadores criollos comenzaban a producir cacao para los mercados internacionales. La primera norma que regulaba de forma general la colonización española, el *Real Decreto sobre colonización de las islas*

(14) BERRY, *No Condition*, cit., p.72.

españolas del Golfo de Guinea de diciembre de 1858, ya establecía la prerrogativa del gobierno general para conceder tierras a particulares; y pocos años más tarde se aprobó la primera normativa sobre concesiones de tierra ⁽¹⁵⁾. El segundo ordenamiento general de la colonia, aprobado por Decreto del gobierno provisional de noviembre de 1868, consideraba « propiedad de los hijos del país las tierras que cultiven al presente y el área de los solares que tengan ocupados con edificios » ⁽¹⁶⁾, declaración que se mantendría en los sucesivos estatutos orgánicos coloniales hasta finales de siglo.

Los objetivos de estas normas eran, por una parte, facilitar la distribución de tierras entre familias de colonos españoles, a los que se fomentaba y facilitaba los medios para asentarse en la isla, y por otra parte, convertir al estado en el sancionador de este reparto, con la expedición de los correspondientes títulos de propiedad ⁽¹⁷⁾. Sin embargo, el estado se vio obligado a comenzar reconociendo más que concediendo derechos: los de los colonos ya asentados, y los de las poblaciones autóctonas de la isla ⁽¹⁸⁾. El tratamiento de ambos casos era, empero, muy divergente.

A los primeros, considerados como ‘particulares’ se les reconocían derechos de propiedad en el marco del estado liberal europeo.

⁽¹⁵⁾ Real Orden de 20/3/1864.

⁽¹⁶⁾ Decreto de 12/11/1968, artículo 17.

⁽¹⁷⁾ Otras normas que prueban la ansiedad por asentar a colonos españoles fueron el reglamento de colonización por familias españolas, aprobado por Real Orden de 24/11/1894 y suspendido en 1900, y el plan para favorecer la inmigración peninsular que aprobó el Gobernador General en 1907. J.M. CORDERO TORRES, *Tratado elemental de Derecho Colonial Español*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1941, pp. 195-197 y 203.

⁽¹⁸⁾ Ya en un informe del Consejo de Gobierno de Fernando Poo de 26/2/1866, previo al Decreto de 1868, se sostenía que « En concepto de este Consejo debe entenderse por terrenos propios del Estado y disponibles para concederlos á los que lo soliciten todos aquellos que no se hallen concedidos por el Gobierno á empresas ó particulares ni cultivados por los indígenas; no siendo posible expresar el número de hectáreas de que el Gobierno puede disponer para estas concesiones pues aun cuando según la carta levantada por los misioneros en 1865 de que se dio cuenta al Gobierno de S.M. los pueblos que la Isla contiene son cincuenta y tres, ascendiendo sus poblaciones á 30 ó 35.000 habitantes; es lo cierto que la total carencia de caminos, la impenetrable maleza del bosque y demás condiciones especiales de esta localidad, hacen que no sea conocido el interior de la Isla, por cuyas razones nada se puede manifestar sobre este punto » (AGA África G 154).

A los segundos, « hijos del país », no. Pero en este momento, esta situación no puede considerarse todavía como discriminatoria, sino más bien de convivencia espacial y jurídica. La mayor parte de la población de la isla no estaba sometida todavía al gobierno español, sino a lo que los españoles entendían como sus « usos y costumbres ». Esta expresión no denotaba aún el sistema de gobierno indirecto que luego se establecería, sino el reconocimiento de que Fernando Poo era un espacio en el que cabían y coexistían distintas realidades jurídicas que sólo más tarde se harían discrepantes. Prueba de ello era el artículo 32 del liberal Decreto de 1868 que establecía que « (a) sí los indígenas como los nacionales y extranjeros, serán respetados en su religión, *usos y costumbres*, siempre que no se opongan á las leyes de la moral y orden público, ni excusen la obediencia que deben prestar á la Soberanía de España » (mi cursiva).

Hasta el siglo XX, la legislación española no pudo aspirar a regular todas las situaciones de acceso y uso de la tierra, porque no tenía medios para imponerla: pero esta legislación sentará las bases de la futura ocupación colonial. Mientras tanto, los principales conflictos coloniales no se darían con respecto a la tierra, sino en relación a otro aspecto íntimamente relacionado: la mano de obra. Los trabajadores de las plantaciones comerciales provenían de diversos puntos de la costa occidental africana, y también del Caribe, donde el fin de la esclavitud, lejos de generalizar el trabajo asalariado y libre, había producido una clase social con un estatus personal indefinido y disponibles para trabajar como braceros baratos en condiciones de trabajo más o menos forzoso ⁽¹⁹⁾. Todo ello generó un intenso movimiento de población en torno a Fernando Poo, y la aparición de una élite criolla que gobernó la colonia durante gran parte del siglo XIX.

En este contexto, la población autóctona de la isla no pudo ser fácilmente utilizada como mano de obra: lo impedía la resistencia de los bubis a convertirse en braceros y la llamada 'política de atracción' que pretendía realizar el gobierno colonial. Todo ello no

⁽¹⁹⁾ I. K. SUNDIATA, *From Slaving to Neoslavery. The Bight of Biafra and Fernando Po in the Era of Abolition, 1827-1930*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1996.

significó que la población local no se viera afectada por las dinámicas políticas, culturales y económicas que la presencia colonial en la isla generaba. Dos fueron las transformaciones que aquí interesa reseñar: el progresivo desplazamiento de la población, empujada por el avance de las grandes plantaciones europeas y criollas, y la apertura de pequeñas fincas de cacao y otros productos comerciales, que dio lugar a una clase de pequeños cultivadores bubis vinculados a los mercados coloniales, especialmente en el sur de la isla.

En suma, durante la segunda mitad del siglo XIX, la sociedad colonial de Fernando Poo no se caracterizó por una clara distinción entre colonizadores y colonizados, o entre europeos e indígenas: el Decreto de 1868, aprobado durante el sexenio revolucionario, llegó a reconocer iguales derechos a « los indígenas sometidos á España, los nacionales y los extranjeros que se avecinden y arraiguen en dichas posesiones » (20). La situación era más bien de una multiplicidad de grupos sociales, con intereses a veces antagónicos y otros no. La burguesía criolla, representada por el Consejo de Vecinos de Santa Isabel, encontraba en los pequeños propietarios bubis buenos aliados contra los intentos de los grandes capitales de establecerse en la isla y controlar enormes porciones de territorio (21). A su vez, muchos braceros veían en los autóctonos una sociedad en la que integrarse al término de su contrato, a través de vínculos matrimoniales y de la adquisición de pequeñas fincas. Mientras que entre los colonos europeos el gobierno español se esforzaba por favorecer a los españoles, exigiendo a los extranjeros unos requisitos mayores para la obtención de tierras.

4. *Tierra y derecho colonial: el Real Decreto de 1904.*

Este equilibrio inestable empezaría a transformarse conforme se consolidaba la presencia del estado colonial en la isla y se iniciaba la penetración de la parte continental. Fue en 1900 cuando se delimitaron definitivamente las fronteras del territorio que había corres-

(20) Decreto de 12/11/1868, artículo 16.

(21) Ver por ejemplo el informe del Consejo de Vecinos de 17/5/1898 en contra de la concesión de 30.000 hectáreas a los señores Goyri y Olózaga, en una zona con muchas fincas bubis de cacao (AGA África G 155).

pondido a España en la parte continental del Golfo de Guinea ⁽²²⁾. Las presiones sobre la tierra y la mano de obra se plasmaron a principios del siglo XX en una inflación normativa, proveniente tanto del gobierno metropolitano como del colonial. En 1904, junto a un nuevo *Estatuto Orgánico* ⁽²³⁾, se aprobó un *Real Decreto sobre el régimen de la propiedad en los territorios españoles del Golfo de Guinea*, y en 1906 un *Reglamento del trabajo indígena*. El estado buscaba intervenir en el proceso colonizador como proveedor de tierras y braceros para los colonos, pero también como árbitro y regulador de la ocupación y explotación del territorio. En este proceso de consolidación del estado colonial, la distinción entre indígenas y colonos comenzaría a hacerse jurídicamente más definida.

El régimen establecido en 1904 afirmaba la propiedad privada del estado sobre todas las tierras cultivables que no estuvieran en uso, y ratificaba el monopolio del gobierno para concederlas — en propiedad si no excedían de 100 hectáreas, o por un determinado plazo de tiempo para las extensiones mayores —. Junto a esta propiedad, regulada por normas similares a las que regían en la metrópoli, la norma establecía una *propiedad indígena* (capítulo IV) definida como « las tierras que habitualmente ocupan » los naturales (art. 10). Con esta concepción se desconocían conscientemente muchas de las prácticas de utilización del territorio por parte de los africanos, que no podían equipararse al derecho absoluto de propiedad privada, pero que hacían del bosque un lugar no sólo de recursos adicionales a los agrícolas, sino también un espacio potencial de movilidad para sociedades sólo parcialmente sedentarias. El estado colonial se abstuvo de reconocer a estos usos el carácter de derechos de la población africana sobre el territorio: ello hubiera hecho jurídicamente muy difícil el inicuo reparto de tierras entre los colonos. De modo que la *propiedad indígena*, limitada a territorios efectivamente ocupados y cultivados, más que asegurar, sancionó una verdadera desposesión. No obstante, como veremos, no todas

⁽²²⁾ El Tratado de París de 27 de marzo de 1900 entre Francia y España fijaba definitivamente los límites entre el Gabón francés y la Guinea española.

⁽²³⁾ Real Decreto de 11/7/1904. A. YGLESIAS DE LA RIVA, *Política indígena en Guinea*, Madrid, IDEA, 1947; CORDERO, *Tratado*, cit.

las tierras efectivamente utilizadas por los africanos entrarían dentro de esta categoría.

La propiedad indígena se regulaba no por la ley española, sino « por los usos y costumbres de los naturales », tanto en lo referente « a la naturaleza y extensión de los derechos del propietario » como a « lo que atañe a los modos de transmitirla a otro indígena ». No obstante, la norma colonial reservaba al gobierno metropolitano la posibilidad de adoptar disposiciones contrarias a la costumbre, « prohibiendo determinados actos o modificando el carácter y los efectos de otros » (art. 13). La expresión usos y costumbres no era ya símbolo de un mero reconocimiento o de una convivencia jurídica, sino que servía para integrar ciertas formas de regulación africanas en el mismo derecho colonial, siempre de manera selectiva y matizada. Prueba de esta selectividad e incluso reinterpretación de la costumbre era el carácter colectivo que se reputaba a la propiedad indígena, que no se reconocía a individuos sino a tribus, poblados o grupos familiares.

Todo ello confería a cierta categoría de africanos, « persona ordinariamente investida de autoridad en la tribu, poblado o grupo familiar », muchas prerrogativas sobre el reparto y el uso de la tierra, especialmente en lo referente a los acuerdos que se establecieran con los colonos. Estas relaciones estaban doblemente restringidas, pues la propiedad indígena no podía ser transmitida a « no indígenas » sin la autorización de « la Autoridad judicial competente » (art. 14), eliminando así la libertad de disposición de estas tierras. Esta regulación buscaba tanto limitar la capacidad de los africanos para entrar en el tráfico económico de la colonia, como proteger a éstos de la codicia de los colonos: y en cualquier caso convertía al estado en intermediador de las relaciones sociales coloniales.

El *Reglamento del régimen de la propiedad* aprobado en 1905 establecía que el Gobernador General fijaría « la porción correspondiente a la tribu, poblado o grupo familiar indígena procurando, en general, reservarle a razón de dos hectáreas por individuo » (24). De esta manera, no sólo se presuponía la extensión que ocupaba cada población sin tener en cuenta el uso real de la tierra, sino que ello se hacía sin conferir derechos exigibles por los africanos, ya que las

(24) Real Orden de 11/1/1905, artículo 13.

autoridades sólo debían *procurar* salvaguardar un determinado número de hectáreas. Este proceso, que obligaba el deslinde y el registro por un perito, se demoraría mucho en el tiempo ⁽²⁵⁾, y se realizaría conforme los colonos solicitaban la concesión de grandes terrenos que incluían a poblaciones en su perímetro ⁽²⁶⁾.

La regulación de la tierra participaba así del proceso de diferenciación legal paulatina entre indígenas y particulares. No obstante, esta distinción se hacía no tanto entre personas sino sobre el carácter de la tenencia de la tierra: comunitaria de los grupos de población, o individual de los agricultores comerciales. Las pequeñas fincas desbrozadas por los cultivadores locales que producían para el mercado colonial no entraban en la categoría de propiedad indígena, y más bien parecían ser consideradas como propiedad privada: así el artículo 19 del Real Decreto establecía que las concesiones de tierras « podrán hacerse a favor de españoles, sean o no indígenas, de extranjeros y de personas jurídicas o Sociedades, tanto nacionales como extranjeras », aunque en este tiempo apenas ninguna de estas finquitas se encontrara registrada y reconocida formalmente por la administración colonial.

De modo que la dicotomía europeo/indígena sobre la que se legitimaba el gobierno colonial no era todavía tan incapacitante como lo sería más adelante. El régimen de propiedad de 1904 acogía y al mismo tiempo establecía una diversidad de situaciones económicas y jurídicas en torno a la tenencia de la tierra que no se referían siempre a la distinción entre colonos y colonizados. Además, había otras igualmente delimitadoras de derechos como la que se daba entre españoles y extranjeros. En otros ámbitos jurídicos, como era el derecho penal, la distinción también sería diferente, y aquí pasaba

⁽²⁵⁾ La obligación de deslindar la propiedad indígena sería reiterada en varias ocasiones, como el Decreto de 23/7/1907. Esta norma trataba de promover la constitución de poblados de al menos 20 familias, para evitar la gran dispersión en la que vivía la mayoría de la población rural. En un nuevo Decreto de 31/5/1920 el gobierno general volvía a mostrar su interés por la delimitación de « los poblados y un terreno de 2 hectáreas por individuo de cada uno de los citados poblados », y a expresar el deseo de agrupar en poblados a la población dispersa.

⁽²⁶⁾ En el AGA existen numerosos expedientes de solicitudes paralizadas por falta de delimitación de la propiedad de los poblados. Ver por ejemplo AGA África G 153, 577 exp. 3, y 585 exp. 1.

por lo religioso: mientras los cristianos eran juzgados por la ley española, los no cristianos lo eran por sus usos y costumbres (27). Y por supuesto, se reproducía la que se daba en la legislación metropolitana entre mujeres y hombres. Sólo tras el sometimiento de todo el territorio a soberanía española, a finales de la década de 1920, se afianzaría la escisión entre ciudadanos y súbditos en la Guinea española.

5. *¿Braceros o pequeños propietarios?*

Las contradicciones del régimen colonial con respecto a la ordenación del territorio y el uso de la tierra se manifestarían de maneras diversas en las primeras décadas del siglo XX. Este periodo estuvo caracterizado por dos fenómenos distintos aunque interrelacionados: el intento del gobierno de controlar Río Muni, que a la altura de 1900 sólo sufría una presencia colonial en las costas, y la crisis de mano de obra en las plantaciones de Fernando Poo, donde la élite fernandina sería progresivamente desplazada por una clase de grandes propietarios españoles (28). Sin embargo los intereses de éstos últimos podían entrar en contradicción, como veremos, con la plena colonización de todo el territorio continental.

El convenio firmado entre el gobierno colonial guineano y el gobierno de Liberia en 1905 para la importación de trabajadores apenas obtuvo resultados (29). La búsqueda de mano de obra convirtió a los habitantes de la parte continental en braceros codiciados (30). En Río Muni los propietarios de la isla ya habían establecido allí sistemas informales de contratación a través de mediadores europeos y africanos, y esperaban del estado la facilitación de este tráfico humano, tintado a menudo de los caracteres de la esclavitud. Con el objetivo de asegurar el funcionamiento de la economía colonial, pero también de controlar este proceso de con-

(27) Real Orden de 23/7/1902.

(28) SUNDIATA, *From Slaving*, cit., cap. 6.

(29) AGA África G 151.

(30) Véase encuesta oficial realizada en noviembre de 1908 entre los agricultores de Fernando Poo sobre las ventajas de promover la inmigración de braceros procedentes de otras colonias o de Río Muni (AGA África G 151).

tratación, se aprobó en 1906 un *Reglamento del trabajo indígena* en el que se creaba un organismo mediador entre empleadores y trabajadores. La Curaduría Colonial debía dar su conformidad a todas las contrataciones de braceros — tanto de los asentados en la isla como de los procedentes de la costa africana — en un sistema en que eran pocos los derechos reconocidos a los trabajadores, considerados más como objeto de contratación que como parte contratante.

El reglamento establecía además la obligación de todos los residentes en Fernando Poo sin « propiedad, oficio (u) ocupación legal y conocida », de trabajar « bien contratados por particulares, bien por el Estado »⁽³¹⁾. De esta obligación se excluía expresamente a los bubis. Pero sobre ellos pesaba otra, recogida en el Estatuto Orgánico de 1904, que era la de « la *prestación personal* para obras locales de utilidad general »⁽³²⁾. Desde la última década del siglo XIX, el Gobernador General obligaba periódicamente a la población autóctona, mediante bandos a participar tanto en los trabajos de obras públicas como en la recolección del cacao en las grandes fincas comerciales⁽³³⁾. La resistencia de los bubis a la prestación personal conllevó varias guerras, que sólo en 1917 terminaron con el total desarme de la población de la isla⁽³⁴⁾. Éste fue por tanto un tiempo de violencia y penetración del gobierno colonial, que también utilizó la imposición de tributos para obligar a los africanos a trabajar por un salario con qué pagarlos.

Aunque el gobierno colonial colaboraba con los colonos de la isla en su búsqueda de trabajadores, el estado también perseguía la

(31) Real Orden de 6/8/1906, artículo 24.

(32) Real Decreto de 11/7/1904, artículo 32.

(33) Bandos del Gobernador General de 30/8/1907, 28/2/1908 y 21/4/1908 sobre el trabajo de los bubis en la recolección del cacao y en las obras del estado. Petición de la Cámara Agrícola de Fernando Poo al Gobernador General de 30/5/1910 para que dicte disposiciones obligando a la población bubi a trabajar en las plantaciones de los colonos, « con lo que hará dos positivos bienes a la agricultura, evitándole el dolor de ver perderse la cosecha en los árboles; á los bubis encauzándoles en el trabajo que les llevará a la civilización » (AGA África G 151). Sobre esta misma política llevada a cabo en 1911-1912, véase el trabajo de C. PETIT, *Detrimentum Rei Publicae. Constitución de España en Guinea*, in *Constitución en España: orígenes y destinos*, a cargo de J.M. IÑURRITIGUI y J.M. PORTILLO, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

(34) SUNDIATA, *From Slaving*, cit., pp. 167-171.

efectiva ocupación y puesta en valor de todo el territorio continental, proceso que podía aumentar la competencia y la presión sobre una mano de obra ya escasa. La debilidad de la administración colonial empujó al gobierno español a considerar fórmulas baratas y efectivas de llevar a cabo esta colonización, de modo que en 1905 se convocó un concurso para el arriendo de la mayor parte de las tierras de Río Muni a una compañía privada de colonización ⁽³⁵⁾. En las bases de este requerimiento se ofrecía conceder « la explotación, saneamiento y colonización » del territorio comprendido entre los ríos Campo y Muni, lo que suponía delegar tanto la penetración militar como la realización de labores de gobierno y policía, apertura de caminos y otras infraestructuras, percepción de impuestos o financiación de escuelas e iglesias. Finalmente, no se llegó a un acuerdo sobre distribución de competencias entre el estado y alguna empresa concesionaria, y este intento fracasaría; pero las propuestas que se presentaron son buena muestra de algunas de las ideas y pretensiones con las que los europeos se acercaban al continente africano, al que consideraban territorio virgen a la espera de su puesta en valor y civilización a través de la acción transformadora de unos empresarios convertidos en ingenieros sociales ⁽³⁶⁾.

Durante las dos primeras décadas del siglo XX se enfrentaron, pues, visiones muy diferentes sobre el modo de colonizar y de utilizar el territorio en la Guinea española. Finalmente no fueron compañías privadas sino el mismo estado quien, en los años 1920, llevó a cabo las campañas militares que pusieron bajo el dominio español todo Río Muni. Los capitales europeos que seguirían el rastro de los soldados se invirtieron fundamentalmente en la explotación forestal. Y el gobierno colonial, a través de su Curaduría, pudo cumplir el papel de principal mediador entre los agricultores de Fernando Poo y los braceros provenientes de Río Muni. Pero frente a las intenciones de los colonos isleños de convertir este territorio en abastecedor de mano de obra, la población continental reaccionaría de modo similar a como lo hicieran los bubis décadas atrás, resistiendo su conversión en asalariados baratos y sacando provecho de la economía colonial a través del cultivo directo de

⁽³⁵⁾ Real Decreto de 9/3/1905.

⁽³⁶⁾ Véase AGA África G 153-156.

productos agrícolas comerciales. De modo que siguieron llegando braceros de otras partes de África a Fernando Poo, especialmente tras la firma de un nuevo convenio con Liberia en 1914.

El papel económico de los africanos en el sistema colonial sería un tema intensamente debatido por los colonizadores, que observaban con cierta ambigüedad la siempre creciente actividad agrícola de los pequeños cultivadores autónomos ⁽³⁷⁾. Por una parte, los grandes agricultores temían que ello restara mano de obra asalariada para sus plantaciones. Pero había quienes también se beneficiaban de la agricultura de los pequeños propietarios, como intermediarios entre éstos y los mercados coloniales. La producción africana, basada en el trabajo personal y familiar, era vista por algunos funcionarios como más barata y rentable que la de las grandes fincas ⁽³⁸⁾.

En cuanto a los braceros inmigrantes de Fernando Poo, las autoridades reconocían que sólo garantizándoles el acceso a la tierra podía asegurarse su sustento y reproducción ⁽³⁹⁾. Tras el final de su contrato, algunos de ellos se asentaban en la isla integrándose en la sociedad bubi y accediendo a la tierra a través de vínculos matrimoniales ⁽⁴⁰⁾. En 1929 la Cámara Agrícola de Fernando Poo pro-

⁽³⁷⁾ Sobre este debate ver por ejemplo los informes del oficial de Obras Públicas, del Consejo de Vecinos de Santa Isabel, del inspector de Colonización y del gobernador General de mayo-junio de 1900 a raíz de una petición de 10.000 hectáreas (AGA África G 154).

⁽³⁸⁾ El ingeniero Eduardo Bosch, de la Sección Colonial del Ministerio de Estado, mantenía en un informe de 8/4/1904 la conveniencia de fomentar la agricultura de los pequeños cultivadores: « Actualmente los indígenas los Fobis, empiezan a solicitar terrenos para cultivarlos: piden pequeñas parcelas de media a una hectárea. Estos trabajarán y producirán sin necesidad de braceros venidos de fuera. [...] Los krumanes que han servido como braceros en las fincas y al terminar sus contratos se encuentran con algunos ahorros, solicitan también concesiones de terrenos pagando por ellos lo establecido: piden 1 ó 2 hectáreas. Estos son los que urge retener en la Isla ». (AGA África G 153).

⁽³⁹⁾ Informe del ingeniero del Servicio Agronómico en 1926 sobre concesión de 2.000 hectáreas: « que alrededor de los núcleos de viviendas de los braceros que empleen en la explotación, se dedique una extensión adecuada de terreno, para que en ella cultiven maíz, cacahuete, judías, frijoles, yucas, plátanos, malangas y hortalizas y todo cuanto se crea indispensable » (AGA África G 581 exp. 4).

⁽⁴⁰⁾ Con el Decreto de 23/9/1919 se intentó regular las concesiones a indígenas originarios de otras colonias de África occidental.

ponía la reforma del régimen jurídico de la propiedad « tendentes a la creación del patrimonio familiar indígena inalienable como medio de fomentar dicha población y de arraigar a los braceros indígenas que acuden a nuestras posesiones contratados para los trabajos agrícolas » (41). Esta complementariedad entre el esfuerzo laboral de los africanos y su producción familiar agrícola hacía que la regulación colonial del trabajo y de la tierra estuvieran estrechamente vinculadas.

A raíz de la llegada periódica de braceros a la colonia española se generó una marcada diferenciación entre la población local y los trabajadores inmigrantes. Ciertamente es que los primeros se podían ver sometidos al trabajo obligatorio en obras públicas (42); y que en pocas ocasiones los segundos se convertían en pequeños propietarios asentados en la colonia. Pero siempre había un número elevado de braceros inmigrantes hacinados en las crudas condiciones de los barracones de las grandes plantaciones, y que eran los que sufrían con más rigor la violencia de la dominación colonial. La situación jurídica de estas personas era además muy marginal, porque a pesar de la existencia de normas regulando el *trabajo indígena*, los braceros de Fernando Poo tenían muy difícil acceso a los tribunales de la colonia para reclamar la aplicación de la legislación laboral, que en ningún caso los consideraba como portadores de derechos. De modo que, entre los *súbditos* indígenas, la distinción entre autóctonos y extranjeros constituía una diferencia social y jurídica de primer orden.

(41) Carta de la Sección de Asuntos Coloniales al Presidente de la Junta de Asuntos Judiciales, ambas de la Dirección General de Marruecos y Colonias, informando de la instancia de la Cámara Agrícola Oficial de Fernando Poo, 24/5/1929 (AGA África G 179, exp. 30).

(42) En los años 20 siguió obligándose a los bubis a recoger el cacao de las grandes plantaciones, como lo demuestra el Decreto de 9/7/1926 que establecía en su artículo 1 que « todos los bubis que no sean propietarios de fincas mayores de cinco hectáreas o no estén prestando servicio en casas particulares, se contratarán oficialmente durante los tres meses que dura el periodo de recolección ». En escrito presentado al Comisario de la República, el alcalde-botuko de Ureka (Fernando Poo) en 1931 reclama contra el trabajo obligatorio para el estado: « viéndolo así se lo comunicamos a Vuestra Excelencia, que ya no queremos seguir trabajando sino a favor de nuestro Pueblo ». (AGA África G 157).

6. *Abuso y protección: incapacitando a los africanos.*

La creciente comercialización de la tierra y sus productos, y la participación en ella de los africanos, generaría oportunidades y conflictos diversos. Y también transformaciones en el derecho colonial: no sólo las que se referían a la regulación del acceso y uso de la tierra, sino a la misma capacidad jurídica de los colonizados.

Las fincas comerciales africanas vivían en gran medida en un *limbo jurídico*, pues no eran consideradas como propiedad colectiva indígena de la contemplada en el Real Decreto de 1904, pero normalmente tampoco estaban registradas como propiedad individual (43). Esto libraba a los africanos de la fiscalización estatal, aunque no siempre del pago de impuestos (44); pero los hacía vulnerables a los grandes agricultores y comerciantes de la colonia. Periódicamente, y de manera desigual, la población local sufría limitaciones en el acceso a la tierra y sus productos allí donde sus actividades colisionaban con los intereses económicos de los colonos (45). Con este fenómeno como telón de fondo, las relaciones económicas entre colonos y africanos en torno a la tierra eran intensas y diversas. La venta de los productos agrícolas, y a veces

(43) En este sentido era expresiva la exposición de motivos de la Real Orden de 18/3/1927, que se dictó para paliar la declaración de caducidad de las propiedades que no cumplieran la normativa sobre concesiones, y que se mostraba preocupada por « la posibilidad de que unos 1500 propietarios o poseedores, en su mayoría indígenas, puedan verse privados de sus fincas por la declaración de caducidad de peticiones o concesiones no invocadas en el plazo y forma previstos en aquella disposición ».

(44) El jefe del Negociado del Servicio Agronómico, en un breve informe acerca de la extensión de los terrenos cultivados en las posesiones españolas del Golfo de Guinea de 16/3/1913 constataba que « Esta clase de concesiones (las tramitadas por la Inspección de Colonización y el Negociado del Servicio Agronómico que la sustituyó en 1908) figura en el Registro de la Propiedad y contribuye á los gastos públicos. No sucede lo mismo con numerosas fincas de corta extensión, abiertas por negros bubis ó extranjeros en medio del bosque y que carecen de titulación por no haberla solicitado sus dueños. De estas fincas algunas pagan contribución por haber llegado á descubrirlas los investigadores de Hacienda; otras están ocultas y no contribuyen ». Informaba el Negociado que los terrenos totales concedidos en Fernando Poo ascendían a 15.601 hectáreas y 249 en el continente, más 3000 hectáreas de anteriores concesiones, mientras que calculaba en 500 las hectáreas cultivadas sin concesión (AGA África G 152).

(45) Informe del Patronato de Indígenas sobre abusos cometidos contra los indígenas, mayo 1933 (AGA, África G 1799, exp. 2).

también de maderas del bosque, se hacía a colonos intermediarios sin apenas intervención del estado ⁽⁴⁶⁾. Con el tiempo, la misma tierra fue objeto de transacciones entre africanos y colonizadores, pues los primeros arrendaban sus parcelas por un tiempo determinado a cambio de una renta ⁽⁴⁷⁾.

Uno de los abusos más habituales era la apropiación por parte de europeos de las pequeñas fincas africanas ⁽⁴⁸⁾. Esta pérdida se producía a menudo a raíz del endeudamiento creciente que sufrían los pequeños agricultores, cada vez más obligados a pagar contribuciones e impuestos al estado colonial. Este endeudamiento llevaba a muchos a arrendar sus fincas a sus acreedores, que a falta de un banco de crédito, eran los mismos colonos. Y en no pocas ocasiones, éstos acababan ejecutando su deuda contra las tierras de sus deudores, apropiándose por vías judiciales de las mismas. Había otros modos por los que se producía la pérdida de tierras a mano de europeos o africanos, como era a través de la mala administración de las fincas de herederos bajo tutela ⁽⁴⁹⁾, o de vínculos matrimoniales que servían para inscribir las tierras de la mujer como propias en el registro de la colonia ⁽⁵⁰⁾. De modo que la participación en la economía colonial y el creciente interés de la administración por gravarla, llevaría a muchos a la pérdida misma de sus fincas. Esta continua desposesión era una de las quejas permanentes de los

⁽⁴⁶⁾ A menudo, las reivindicaciones de los africanos pasaban por la exigencia de un mayor papel del estado: « Pedimos a la autoridad de V.E. una protección ó mejor dicho un privilegio en nuestros productos agrícolas ya que los producimos en muy pequeñas cantidades comparándola con la que rinden los europeos, por contar con mejores medios que nosotros. Así como nuestra aspiración es que se nos establezca un precio fijo ó variable, según presente la balanza comercial », *Reclamaciones de los Jefes indígenas del Continente español* al comisario de la República de 2/9/1931 (AGA África G 157).

⁽⁴⁷⁾ Informe del Servicio Agronómico de Guinea sobre formas de colaboración del indígena con el europeo, 2/3/1945 (AGA África G 1944, exp.5).

⁽⁴⁸⁾ Informe del Patronato de Indígenas, cit., mayo 1933.

⁽⁴⁹⁾ *Memorium del Alma Indígena*, informe dirigido por Claudio E. Ricardo Burnley al Comisario del Gobierno de la República, 12/8/1931; *Proposiciones de los hijos del país, los bubis*, 28/8/1931 (AGA África G 157).

⁽⁵⁰⁾ Esta parecía una estrategia de algunos de los braceros inmigrantes que se establecían luego en Fernando Poo. Véase la exposición de motivos del Decreto de 23/9/1919 sobre concesiones a indígenas originarios de otras colonias de África occidental.

africanos, que se hicieron más explícitas con la llegada de la República ⁽⁵¹⁾.

Los gobernantes coloniales veían estas dinámicas con una mezcla de tolerancia, impotencia y ansiedad. Por una parte, para los estados metropolitanos, los colonos y comerciantes europeos constituían el sustento fundamental de la explotación económica del continente, por lo que su relación con éstos era siempre estrecha. Pero la administración colonial no era un mero representante de los intereses de los colonos, y mantenía otros objetivos, como el control de los intercambios económicos o el orden social, lo que pasaba por limitar la autonomía y la libertad de acción de la población africana, pero también los abusos de los colonos contra ella.

Un instrumento fundamental de estas políticas era la consolidación definitiva de la distinción entre indígenas y europeos y la consiguiente limitación de la capacidad de obrar de los primeros. Ya vimos cómo el régimen de la propiedad de 1904 había exigido la participación de la 'autoridad competente' en todo negocio que implicara disposición de la propiedad indígena colectiva. En la década de 1920 se ampliaron estas limitaciones de los africanos a cualquier tipo de propiedad: un Real Decreto de mayo de 1926, sometía a los indígenas a la tutela de ciertos organismos coloniales que debían suplir su capacidad jurídica « a los efectos de transmisión, gravamen e inscripción de los inmuebles » ⁽⁵²⁾.

El proceso se apuntaló en 1928 con la aprobación del estatuto del *Patronato de Indígenas*, organismo de fuerte sabor colonial creado en 1904 pero que había mantenido un perfil bajo hasta este

⁽⁵¹⁾ Así se ve en el conjunto de instancias presentadas al Comisario de la República y a los que dio curso la Dirección General de Marruecos y Colonias, en las que se solicitaban medidas como la exención de contribuciones para las pequeñas fincas, la facilitación del crédito, y en general la defensa de la propiedad de los africanos: *Memorium*, cit., 12/8/1931; *Aspiraciones y medidas de urgente resolución, presentadas por los elementos indígenas de estos territorios al señor comisario de la República para que a su vez sea elevada al gobierno del nuevo régimen*, septiembre de 1931; *Proposiciones*, cit., 28/8/1931. (AGA África G 157). Ver también *Más vale tarde que nunca*, carta de los fernandinos al Presidente de la República, 1931 (AGA África G 1799, exp. 2).

⁽⁵²⁾ Real Decreto de 5/5/1926, artículo 9: los organismos tutores eran el Ministerio Fiscal, el curador colonial o sus delegados y el Patronato de Indígenas. Un año más tarde, otro Decreto de 21/6/1927 castigaba la transmisión de « bienes de indígenas a no indígenas » sin la intervención del juez de Primera Instancia o el subgobernador.

momento ⁽⁵³⁾. Con él se sancionó definitivamente el principio de minoridad e incapacidad jurídica de los colonizados ⁽⁵⁴⁾. La nueva regulación prohibía a los *indígenas* participar sin la aprobación del Patronato en una serie de transacciones relacionadas, muchas de ellas, con los derechos sobre la tierra. De este modo se pretendía fiscalizar la participación de los africanos en el tráfico colonial, al verse sometidos a la tutela y representación de la propia administración para realizar acciones como « enajenar bienes inmuebles, contratar préstamos con garantía inmobiliaria, contratar sobre bienes inmuebles, comparecer en juicio, contraer obligaciones de carácter personal » de cierta cuantía ⁽⁵⁵⁾.

La categoría de indígena era obviamente la piedra angular de este sistema, pero su definición no carecía de dificultades en un contexto social tan complejo. El estatuto de 1928 no determinaba claramente quiénes eran indígenas: en ocasiones se identificaban con « los naturales del país », a quienes se presuponía una incapacidad « intelectual y moral » para regirse por sí mismos ⁽⁵⁶⁾. En realidad la categoría de indígena estaba atravesada por un criterio racial: ni los blancos podían ser indígenas, ni los criollos dejaban de serlo por haber adoptado la forma de vida europea, y también lo eran los africanos venidos de otras partes de la costa africana, a pesar de no ser naturales de Guinea. El segundo estatuto del Patronato aprobado en 1938, los definiría abiertamente como « todos los individuos de raza de color » ⁽⁵⁷⁾.

La distinción legal entre colonizadores y colonizados en términos raciales planteaba un problema inmediato con respecto, precisamente, a la élite criolla de Fernando Poo ⁽⁵⁸⁾. La necesidad de dar cobertura a este grupo social, importante también como apoyo de la colonización, hizo surgir la figura del *indígena emancipado*. Al mismo tiempo que se establecía el estatuto del Patronato de Indí-

⁽⁵³⁾ Real Decreto de 11/7/1904 aprobando el Estatuto Orgánico, artículo 34.

⁽⁵⁴⁾ Real Orden de 17/7/1928.

⁽⁵⁵⁾ J. MIGUEL ZARAGOZA, *Ensayo sobre el Derecho de los pamúes de Río Muni*, Madrid, IDEA-CSIC, 1963, pp. 67-68.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁷⁾ Decreto de 29/9/1938, artículo 6.

⁽⁵⁸⁾ « (T)oda vez que existe entre la población nativa de nuestras posesiones en Guinea una considerable minoría capacitada ya para el ejercicio de los derechos civiles », exposición de motivos del Real Decreto de 17/7/1928.

genas, se aprobaba un Real Decreto regulando la emancipación ⁽⁵⁹⁾: « los indígenas de los territorios del golfo de Guinea que revelen de un modo notorio, por el estado de su cultura intelectual y moral, hallarse en condiciones de regir por sí mismos sus personas y bienes, podrán ser emancipados y obtener, en su virtud, la correspondiente carta de emancipación » (art. 1). La escisión ciudadanos y súbditos tenía un claro reflejo en la exposición de motivos del Real Decreto, que expresamente entendía esta carta de emancipación como « título de su nuevo estado ciudadano ». La categoría de emancipado era el reflejo institucional del discurso asimilacionista y civilizatorio que, sin alcanzar a todos los africanos, al menos parecía satisfacer las aspiraciones de aquéllos que más podían resentir la falta de capacidad jurídica en el ordenamiento colonial ⁽⁶⁰⁾. Esta era un estatus no obstante reversible, de modo que hacía imposible la igualdad entre los nacionales metropolitanos y los coloniales.

La aparición del Patronato obligó a la revisión de muchas relaciones de los africanos con la tierra y con los colonos europeos, y especialmente de los arrendamientos en curso ⁽⁶¹⁾. En 1934 un Decreto anuló todos los contratos de administración de fincas indígenas no autorizadas por el Patronato ⁽⁶²⁾, que sin embargo no por ello dejarían de existir ⁽⁶³⁾. El nuevo organismo asumió también

⁽⁵⁹⁾ Real Decreto de 17/7/1928.

⁽⁶⁰⁾ La desigualdad que esta legislación suponía y los criterios tan ambiguos con los que se definía la emancipación fueron acusadas por muchos africanos, como muestran las *reclamaciones de los Jefes indígenas del Continente español*, cit. 2/9/1931, en las que se solicita que la emancipación se conceda « a todos los morenos, que siendo mayores de edad, sepan leer y escribir correctamente el español ».

⁽⁶¹⁾ En 1928 el Patronato de Indígenas preparó una « relación del personal de los poblados de Fernando Poo que tiene fincas arrendadas sin la autorización del Patronato », en la que se contabilizaban 43 personas.

⁽⁶²⁾ Decreto de 28/11/1934. El Gobernador General prohibió el 31/12/1934 que el Patronato de Indígenas aprobara contratos de arrendamiento sin título de propiedad (AGA África G 1799). Una Ordenanza de 7/5/1937, estableció la sorprendente obligación de que los contratos de arrendamiento aprobados por el Patronato de Indígenas « se cumplirán indefectiblemente según su texto literal ». Además insistía en la invalidez de los contratos no aprobados por el Patronato y en la obligación de que las fincas arrendadas recibieran « el mismo cuidado que las propias ».

⁽⁶³⁾ Véanse cifras de la nota 91.

un papel de entidad crediticia para los africanos ⁽⁶⁴⁾ y de primera instancia en el enjuiciamiento de conflictos que se generaban sobre la tierra, y especialmente los que se referían a los mencionados arrendamientos ⁽⁶⁵⁾.

De modo que a finales de los años 1920, cuando las campañas militares extendieron la presencia de la administración española por todo Río Muni, y muchos de los africanos que allí habitaban comenzaban a participar en los mercados metropolitanos como ya lo hacían los bubis de Fernando Poo, el derecho trataba de embutir a la sociedad colonial en una dicotomía rígida que limitaba la capacidad de obrar de los colonizados. La distinción que establecían las leyes entre indígenas y europeos se justificaba en la necesidad de proteger a los autóctonos de la codicia de los colonos ⁽⁶⁶⁾. Pero esta protección no se hacía reconociendo derechos, sino incapacitando para participar en el tráfico económico y jurídico de la colonia ⁽⁶⁷⁾.

7. *La colonización agrícola indígena y los límites de la civilización.*

La década de 1930 se inició con un agravamiento de la recurrente crisis de mano de obra en las grandes plantaciones europeas. A ello contribuyó el ciclo de depresión mundial iniciado en 1929. Y

⁽⁶⁴⁾ Con ello intentó monopolizar, infructuosamente, una función que ya cumplían muchos particulares. Informe del Servicio Agronómico, cit., 2/3/1945; *La Voz de Fernando Poo: proposiciones que elevan los Jefes de Poblados de Fernando Poo al Gobernador General*, 29/8/1949 (AGA Af G 1799, exp. 2).

⁽⁶⁵⁾ Véanse expedientes de conflictos ante el Patronado de Indígenas recogidos en AGA África G 1799, exp. 4.

⁽⁶⁶⁾ Veinte años más tarde, en un informe del secretario general del Patronato de Indígenas presentado el 20/6/1949 respondiendo a las proposiciones de los jefes de los poblados de Fernando Poo ya citadas, se argumentaría que « Anteriormente a la restricción de la capacidad civil indígena y por ende de la creación del Patronato de Indígenas, vivieron los naturales del país en un régimen de equiparación legal a los europeos y su diferencia de cultura unida a la imprevisión de que comunmente hacen gala fueron causas de que gran número de individuos de raza de color perdiesen sus propiedades, origen ello de nueva orientación de política colonial restrictiva a la capacidad desde cuyo momento puede el Estado Español vanagloriarse de haber impedido el despojo de la propiedad indígena » (AGA África G 1799, exp. 2).

⁽⁶⁷⁾ En diciembre de 1944 aún se aprobaría una nueva Ley sobre *capacidad civil de los indígenas* que mantuvo y consolidó la distinción entre *ciudadanos* y *súbditos*.

más en concreto, las denuncias internacionales formuladas en 1930, en el seno de la Sociedad de Naciones, contra el tráfico de trabajadores provenientes de Liberia hacia las plantaciones de Fernando Poo ⁽⁶⁸⁾. Además, se puso de manifiesto el problema de concesiones realizadas a europeos que no se ponían en cultivo, lo que frenaba el crecimiento de la agricultura comercial ⁽⁶⁹⁾.

Todo ello llevó al gobierno español a suspender en mayo de 1930 la concesión de terrenos por un tiempo indefinido ⁽⁷⁰⁾. Dos años más tarde, en una Orden Ministerial de 1932, se exceptuaba de esta suspensión a los pequeños propietarios africanos que solicitaran fincas de menos de 20 hectáreas ⁽⁷¹⁾. Estas fincas estarían sometidas a limitaciones jurídicas, como la prohibición de arrendarlas o transferirlas a « individuos de raza blanca ». Se optaba así por apoyar lo que era ya un proceso entre la población colonial: la conversión de los colonizados en pequeños cultivadores autónomos. Y se frenaba la colonización a través de colonos europeos, siempre demandantes de mano de obra.

El gobierno español, que era entonces republicano, reconocía por tanto a los africanos como colonizadores agrícolas privilegiados, que al trabajar sus fincas personalmente o en el marco de las relaciones familiares, apenas se veían afectados por la secular carencia de braceros ni las dejaban de cultivar. Sin embargo, la mayor parte de estos productores no se acogerían a la nueva normativa sobre concesiones, y seguirían roturando sus tierras con independencia del derecho colonial ⁽⁷²⁾. Además, el nuevo plan de la administración colonial de consolidar a los africanos como pequeños cultivadores familiares no

⁽⁶⁸⁾ SUNDIATA, *From Slaving*, cit., pp. 143-144: « The League of Nations condemned internal pawning and forced portorage in Liberia. Curiously, it did not address the issue of forced labor on Fernando Po ».

⁽⁶⁹⁾ El Real Decreto de 5/5/1926 consideraba caducadas las concesiones que no cumplieran los requisitos legales. La Real Orden de 18/3/1927 y el Decreto de 22/6/1927 ampliaban los plazos para la convalidación de las tierras cultivadas. Véase también CORDERO TORRES, *Tratado*, cit.

⁽⁷⁰⁾ Real Decreto de 3/5/1930 y Real Orden de 21/11/1934.

⁽⁷¹⁾ Orden Ministerial de 22/4/1932. Despacho 348 de la Dirección General de Marruecos y Colonias al gobernador general de 22/4/1932 (AGA África G 583, exp. 4).

⁽⁷²⁾ Ver cifras de la nota 91. Servicio Nacional de Marruecos y Colonias, Memoria explicativa del proyecto sobre ordenación y régimen de la propiedad en los Territorios Españoles del Golfo de Guinea de 20/1/1939 (AGA África G 1891, exp. 2).

era necesariamente compartida por los más prósperos de entre éstos, que demandaban periódicamente mayores facilidades para contratar braceros ⁽⁷³⁾ o acumulaban tierras que arrendaban a grandes cultivadores. Éstos serían, en última instancia, los principales beneficiarios de la suspensión de concesiones, que se libraban con ella de la competencia por la mano de obra de nuevos colonos ⁽⁷⁴⁾.

Los distintos proyectos de ingeniería social que se iban expresando a través del derecho colonial no lograban por tanto moldear a la sociedad colonizada a su antojo. Pero las formas sociales africanas sufrirían importantes transformaciones, en el contexto de la violencia con que los coloniales respaldaban su misión civilizatoria y de la comercialización de los productos de la tierra y de la tierra misma. La referencia constante a los usos y costumbres de los indígenas no podía evitar que las normas sociales se vieran afectadas por los cambiantes contextos económicos y sociales ⁽⁷⁵⁾. Las nuevas condiciones de acceso a la tierra y las posibilidades de consolidación de un patrimonio individual alteraron las jerarquías y las desigualdades sociales, y también las relaciones entre hombres y mujeres ⁽⁷⁶⁾.

Especialmente candentes eran las cuestiones matrimoniales y sucesorias, que provocaron intensos debates sobre las normas aplicables al caso, en un contexto que no dejó de ser nunca de un cierto pluralismo jurídico. La autonomía que adquirirían muchas mujeres al participar en la economía comercial, y la resistencia de los hombres

⁽⁷³⁾ Muchos pequeños agricultores se lamentaban de las dificultades para contratar braceros a través de la Curaduría Colonial. *Proposiciones*, cit., 28/8/1931; *Más vale tarde que nunca*, cit. 1931. Ver también *Quejas presentadas por los primeros Jefes indígenas naturales y vecinos de esta Demarcación* (Santa Isabel), 12/6/1942 (AGA África G 1913, exp. 6); *Solicitudes de los jefes de la Demarcación de Niefang*, sin fecha (AGA África G 1913, exp. 6); *La Voz de Fernando Poo*, cit. 29/8/1949.

⁽⁷⁴⁾ En la *Memoria explicativa del proyecto sobre ordenación y régimen de la propiedad*, cit. 20/1/1939, se expresaba preocupación por la consolidación de oligopolios agrícolas en la colonia en manos de unos pocos grandes propietarios.

⁽⁷⁵⁾ Ejemplo de las pugnas que se generaban en torno a la costumbre en los nuevos contextos es el conflicto presentado en diciembre de 1934 ante el Patronato de Indígenas sobre la propiedad de una finca, en la que una viuda alegaba la costumbre *bubi* y su cuñado la inscripción en el Registro de la colonia. En este caso, prevaleció el derecho de la primera. (AGA África G 1799).

⁽⁷⁶⁾ C. ESTEVA FABREGAT, *Algunos caracteres del sistema de propiedad 'fang'*, «Revista de Trabajo», 5, 1964.

a la misma, se veía reflejado en los numerosos conflictos que se presentaban ante la justicia colonial entre cónyuges. Y lo mismo sucedía con las transmisiones hereditarias, cuyo significado se había visto profundamente alterado por el proceso de acumulación e individualización de la tierra, al tiempo que pugnaban modelos familiares muy diferentes (77).

Todas estas dinámicas generadas en el marco del colonialismo podían llegar a ser contradictorias con el mismo proyecto de la dominación colonial, en un territorio con una clase de colonos que, permanentemente necesitada de braceros, no siempre veía con buenos ojos la competencia económica de los africanos (78). Pero aunque algunos quisieran ver a la Guinea española como una colonia de asentamiento europeo, lo cierto es que la iniciativa de los africanos había transformado la fisonomía del sistema colonial. Con el aumento de la población, tanto indígena como europea, el gobierno decidió dar un nuevo impulso a la colonización agrícola de mano de esta última y controlar al mismo tiempo la actividad productiva de los colonizados que, como hemos dicho, se estaba desarrollando en gran medida al margen de las figuras jurídicas existentes.

En los inicios del régimen franquista (79), se presentó un proyecto sobre ordenación y régimen de la propiedad para levantar la suspensión que aún recaía sobre las concesiones, cuyo principal « propósito », según se argumentaba en la memoria justificativa del Servicio Nacional de Marruecos y Colonias, era « dotar a los naturales del país de un patrimonio propio: de ponerlos a cubierto, con todas las garantías precisas, de la rapacidad de los explotadores y de

(77) Ver los expedientes, muchos incompletos, del Tribunal Indígena de la Administración Territorial de Santa Isabel, 1939-1962 (AGA África G 2258). En las *reclamaciones de los Jefes indígenas del Continente español* al Comisario de la República, cit., 2/9/1931, estos notables pedían « Que los Jefes indígenas resuelvan las controversias que surjan entre los cónyuges de su clase según costumbre y tradición del país », denotando la preocupación por el acceso de las mujeres a las normas metropolitanas que les favorecieran. En las *Aspiraciones y medidas*, cit., septiembre 1931, los notables peticionarios solicitaban flexibilidad en la acreditación del parentesco.

(78) Informe del Ministerio de Agricultura sobre el proyecto de ordenación y régimen de la propiedad de 1939 (AGA África G 1931, exp. 2).

(79) Sobre el sistema colonial en los Territorios Españoles del Golfo de Guinea durante la época del franquismo ver A. CAMPOS SERRANO, *De colonia a estado: Guinea Ecuatorial, 1955-1958*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

iniciar, con paso firme y seguro, un proceso de colonización integral a base del elemento indígena » (80). El proyecto consideraba pernicioso para la economía y la legitimidad de la colonia la conversión de los colonizados en braceros, y apostaba por su consolidación como cultivadores propietarios. A los objetivos económicos, se sumaban además los culturales: la generación de familias cristianas y numerosas vinculadas a la tierra.

Este proyecto fue objeto de numerosos debates y enmiendas (81), y la reforma se demoraría aún unos años. Lo que se recrudeció en estos tiempos de guerras europeas fue la obligación de los africanos de trabajar en las infraestructuras y grandes plantaciones coloniales, con la imposición generalizada de la prestación personal (82).

Sólo a mediados de la década de los cuarenta se reguló de nuevo el acceso y uso de la tierra en la Guinea española (83). El *Reglamento sobre concesiones* aprobado en 1944 y la posterior *Ley sobre Régimen de Propiedad* de 1948, distinguían, frente a la norma de 1904, dos tipos de propiedad indígena: la colectiva y la individual. La vieja regulación sólo había considerado como indígena la propiedad de « tribus, poblados y grupos familiares », pero ahora a esta se sumaban la de las cooperativas agrícolas o asociaciones de indígenas, la de sindicatos o colonias agrícolas, y los cotos y patrimonios familiares, todas ellas consideradas como propiedad colectiva. Esta propiedad era considerada de nuevo como indisponible.

Por su parte, la *propiedad indígena individual* pretendía regular

(80) Servicio Nacional de Marruecos y Colonias, *Memoria explicativa*, cit., 20/1/1939, p. 15.

(81) Informe del jefe del Servicio Nacional de Marruecos y Colonias de 24/1/1939; Informe del Ministerio de Agricultura, sin fecha (AGA África G 1931, exp.2); Informe del Servicio Nacional de Política y Tratados de 18/2/1939; Informe del Ministerio de Industria de 6/3/1939; Informe del Ministerio de Agricultura de 3/5/1939 (AGA África G 1869).

(82) De ello se quejarían todos los remitentes de una serie de reivindicaciones dirigidas al gobernador general en 1942 con motivo de una visita de inspección a la zona continental. *Carta de los Jefes de la Demarcación de Río Benito* de 9/6/1942; *Carta de la Tribu Baney* de 9/6/1942; *Quejas presentadas por los primeros Jefes indígenas*, cit. 12/6/1942 (AGA África G 1913, exp. 6).

(83) J. MOLINA ARRABAL, *Propiedad territorial en Guinea*, in *Labor de España en África*, Barcelona, Alta Comisaría de España en Marruecos, 1946; MIGUEL ZARAGOZA, *Ensayo*, cit.

el fenómeno de las numerosísimas pequeñas fincas diseminadas por toda la colonia, distinguiéndolas de las fincas de los colonos. La propiedad sobre estas tierras se consideraba derivada de la concesión del estado. Esta regulación no buscaba tanto convertir a los africanos en pequeños propietarios, lo que era ya una realidad evidente, sino más bien controlar este proceso y encauzar su desarrollo. Por eso se establecía un límite de cuatro hectáreas a estas concesiones. Y su propietario, indígena no emancipado, debía cultivarlas personalmente, estando prohibido su arrendamiento a cualquier europeo o africano emancipado (art. 23). No eran inalienables, pero la capacidad de obrar del propietario estaba limitada por su condición de indígena, por lo que era necesaria la intervención del Patronato de Indígenas para vender, arrendar o constituir cualquier derecho real sobre estas tierras ⁽⁸⁴⁾.

De este modo, al tiempo que se protegía al pequeño cultivador y se aseguraba su acceso a la tierra, se trataba de impedir el proceso ya en marcha de acumulación de tierras en manos africanas y la aparición de una clase de propietarios rentistas ⁽⁸⁵⁾. La nueva normativa se basaba y reforzaba, por tanto, la distinción entre indígenas y europeos. Y en su primer artículo establecía claramente esta desigualdad en términos jurídicos: mientras españoles e indígenas emancipados se regularían por los Códigos metropolitanos, « los demás indígenas se regirán por las disposiciones coloniales que les afecten, por sus costumbres respectivas en cuanto se acrediten debidamente y sean conformes con la moral católica, y, en defecto de ellas, por los principios generales del derecho ».

Pero a estas alturas, la referencia a la costumbre servía más para marcar la diferencia entre colonizadores y colonizados que como modo de respetar las formas de acceso y uso de la tierra, que quedaban bien establecidas en el propio reglamento. Especialmente en lo referente a los llamados *patrimonios familiares*. Con esta figura, a la que se dedicaban dos secciones del Reglamento, el gobierno colonial se hacía de un instrumento con el que llevar a cabo una

⁽⁸⁴⁾ Estas limitaciones serían permanentemente objetadas por los africanos. Véase *La voz de Fernando Poo*, cit., 19/8/1949.

⁽⁸⁵⁾ Informe del Servicio Agronómico de Guinea, cit., 2/3/1945 (AGA África G 1944, exp.5); Informe del secretario general del Patronato de Indígenas, cit., 20/9/1949.

verdadera ingeniería social colonial. Los patrimonios familiares podían alcanzar extensiones mucho mayores que las propiedades individuales y se preveían para ellos una serie de beneficios y apoyos financieros por parte del estado. El objetivo era tanto aprovechar el trabajo familiar no asalariado en la economía colonial, como aculturizar y españolizar a los africanos.

Efectivamente, un patrimonio familiar se concedía a cabezas de familia « experimentados en el cultivo o cultivos que hayan de establecerse », primando a los « casados canónicamente mayores de dieciocho años que vivan con su esposa e hijos legítimos y sean de intachable conducta », a los que tuvieran « mayor número de hijos », especialmente varones, y a los que disfrutaran de « mejores informes de conducta, religiosidad, patriotismo y hábitos morales » (art. 24). Todo un programa de civilización que trataba de transformar las formas familiares y sociales existentes en Guinea para fomentar el establecimiento de familias tal y como las contemplaba en Código civil español (art. 32). A partir de la reunión de varias de ellas, se formarían poblaciones modélicas llamados *cotos familiares*, dirigidos por un « (s)indicato », y en los que se preveía el establecimiento de « (c)apilla, escuelas y almacenes » (art. 41).

El intento de generar una sociedad a imagen de los ideales de los gobernantes coloniales no significaba sin embargo que se aplicaran a estas fincas el régimen general de la propiedad, pues se reproducían los límites a la capacidad de obrar típicos del derecho colonial consolidado: los patrimonios familiares sólo podían ser heredados en bloque, por el sucesor del cabeza de familia o por otra unidad familiar indígena, dificultándose sobremanera su partición y enajenación (arts. 36-40). Las instituciones que los legisladores parecían tener en mente aquí nos recuerdan más a la cultura jurídica del Antiguo Régimen europeo, y a figuras como el mayorazgo, que a su propia cultura capitalista o a la de los mismos africanos ⁽⁸⁶⁾.

A pesar de este ambicioso programa colonizador y civilizador, el desarrollo agrícola y social de la colonia no prosperaría, en cuanto a los colonizados se refiere, por las líneas previstas en el nuevo régimen de la propiedad colonial, pues no fueron muchos los africanos que decidieron asumir la forma de vida y de tenencia de la tierra que eran

⁽⁸⁶⁾ Así lo reconocía el mismo Informe del Ministerio de Industria, cit., 6/3/1939.

los patrimonios familiares. Sólo la propiedad colectiva de los poblados fue siendo paulatinamente delimitada tanto en la isla como en la parte continental. En cuanto a la propiedad indígena individual, mientras en la isla fue regulándose y registrándose, a mediados de los años 1950 el estado no tenía todavía capacidad de conocer y fiscalizar la mayoría de las pequeñas fincas africanas del continente ⁽⁸⁷⁾, al tiempo que continuarían los arrendamientos de tierras a los grandes cultivadores ⁽⁸⁸⁾. De modo que en Río Muni la colonización agrícola por parte de los colonizados se llevó a cabo durante mucho tiempo, y de forma tolerada oficialmente, al margen del propio derecho colonial. Tampoco el programa de cooperativismo agrícola, tan querido a algunos funcionarios coloniales, tendría mucho éxito ⁽⁸⁹⁾. El esfuerzo de la administración se concentraría por tanto en la fijación de precios y en la regulación de los mercados locales donde los pequeños productores, especialmente en la parte continental, vendían sus cultivos ⁽⁹⁰⁾.

Hacia finales del periodo que hemos considerado, el ingeniero del Servicio Agronómico de la colonia, Jaime Nosti, ofrece una serie de datos que muestran la situación de la agricultura comercial y su distribución según sus productores europeos o indígenas. Dejamos al lector la interpretación de las cifras, que son una buena ilustración

⁽⁸⁷⁾ GOBIERNO GENERAL DE LOS TERRITORIOS ESPAÑOLES DEL GOLFO DE GUINEA, *Memoria de la labor realizada en el periodo 1949-1955*, Madrid, 1955, p. 134.

⁽⁸⁸⁾ En 29/12/1949 el Gobernador General, en una carta al presidente del Patronato de Indígenas y a instancias de esta institución, volvía a insistir en la prohibición del arrendamiento de fincas sin título de propiedad entre indígenas y europeos (AGA África G 1799).

⁽⁸⁹⁾ Informe del presidente del Patronato de Indígenas, *La política del Patronato de Indígenas en el Distrito Continental en relación con la actuación de su filial y la cooperación indígena*, 20/6/1950 (AGA África G 1799).

⁽⁹⁰⁾ Orden de 22/7/1942 sobre mercados de productos del país. Según nota del gobernador general a la Dirección General de Marruecos y Colonias de 24/7/1942, se han establecido estos mercados « con el objeto de evitar que algunos europeos obtengan ganancias excesivas a costa del indígena comprando a estos sus productos a bajo precio con lo cual no se estimula al individuo para que trabaje ni produzca. Además, pretende la Orden conseguir una atracción de los productos y los habitantes de las colonias vecinas para abastecer y repoblar la nuestra ». (AGA África G 1944, exp. 5). Según el informe del Servicio Agronómico de Guinea, cit., 2/3/1945, los mercados nunca tuvieron efectividad en Fernando Poo, donde los compradores compraban al contado en los lugares de producción. Ver también J. NOSTI, *Notas geográficas, físicas y económicas sobre los Territorios Españoles del Golfo de Guinea*, IDEA-CSIC, Madrid, 1947, p. 86.

de algunas de las dinámicas que hemos relatado. Sólo advertiremos que Nosti se olvida señalar que dentro de las fincas europeas se contabilizaban la de los indígenas emancipados. Y es que la misma clasificación utilizada por el ingeniero demuestra hasta qué punto la distinción entre las dos categorías, ciudadanos y súbditos, estaba ya consolidada en el sistema colonial ⁽⁹¹⁾.

8. Conclusiones.

Este recorrido por ciertos procesos coloniales en el Golfo de Guinea apenas ha logrado penetrar en la reconfiguración de las formas locales de regulación de la tierra, de *invención de la tradición* ⁽⁹²⁾, difíciles de observar a través de las fuentes utilizadas. Lo que ha mostrado es cómo los procesos coloniales transformaron tanto la actividad económica y el uso de la tierra de los africanos, como el mismo proyecto de ingeniería social que los europeos trataban de implantar, a menudo encarnado en el derecho colonial.

La trayectoria del derecho colonial refleja el esfuerzo permanente del estado por moldear unas realidades sociales que estuvieron en continua transformación. Las normas aprobadas para la colonia española iban dando forma a sucesivas maneras de entender la

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*, cap. VI.

FERNANDO POO				
Fincas indígenas	concedidas	explotadas directam.	803	4.510 h ^{as}
		arrendadas	182	1.189 h ^{as}
	sin concedere	explotadas directam.	758	3.950 h ^{as}
		arrendadas	23	162 h ^{as}
Fincas europeas	de españoles		445	24.079 h ^{as}
	de extranjeros		138	8.438 h ^{as}
RÍO MUNI				
Fincas indígenas	concedidas		100	5,301 h ^{as}
	sin conceder		8,985	12,220 h ^{as}
Fincas europeas	de españoles		79	10.675 h ^{as}
	de extranjeros		8	678 h ^{as}
	superficie forestal explotada			102.475 h ^{as}

⁽⁹²⁾ RANGER, *The invention*, cit.

misión europea en África. Desde la simple defensa de unos colonos que debían convivir con poblaciones y formas sociales que no dominaban a mediados del siglo XIX, hasta la creación de una sociedad nueva formada por familias monógamas y cristianas convertidas en unidades de producción, pasando por la transformación radical de las poblaciones africanas en una gran fábrica agrícola impulsada por el gran capital.

Estas vacilaciones en los planes, y sus sucesivos fracasos, demuestran hasta qué punto la sociedad colonial y los procesos que la atravesaban eran mucho más difíciles de moldear de lo que la misión civilizatoria europea suponía. La inicial colonización de asentamiento, que se basaba en la apropiación de tierras y la conversión de los africanos en braceros semi-libres, se vio enfrentada a la progresiva participación de éstos en la economía comercial como pequeños productores de cacao o café, arrendatarios de tierra o vendedores de madera. La colonización de Guinea se caracterizó por la articulación, a veces conflictiva, de una agricultura de colonos europeos y criollos basada en la ocupación de tierras y el uso intensivo de mano de obra inmigrante, y una agricultura de pequeños propietarios autóctonos basada en el trabajo familiar, y cuyo acceso al mercado siempre se hacía a través de agentes europeos.

El derecho va a responder a la actividad económica de los colonizados de dos maneras complementarias: tratando de regular y ordenar el acceso a la tierra a través de las normas sobre propiedad, y limitando al mismo tiempo la capacidad jurídica de la mayoría de los africanos para participar en pie de igualdad en el tráfico de la colonia. La consideración jurídica de los africanos como indígenas, sometidos a sus usos y costumbres y sin derechos individuales que reclamar, permitiría al mismo tiempo imponerles obligaciones y controlar su participación en el proceso de explotación económica. La incapacitación jurídica de los africanos, y la consiguiente distinción entre ciudadanos y súbditos, no fue sin embargo la estructura de la dominación colonial desde el inicio de la penetración. Más bien se trató de un proceso que fue consolidándose a medida que el control del estado incluía más ámbitos sociales y que los africanos trataban de aprovechar las oportunidades, sociales y económicas, que les brindaba la presencia colonial.

Con todo, no fue el derecho el principal ni el más eficaz

instrumento con el que se trató de domesticar a las sociedades colonizadas. El colonialismo generó un contexto en el que se encontraron procesos y grupos sociales diversos, uno de los cuales, aunque central, era el estado europeo convertido en colonial con sus administradores, su policía y sus normas. La distinción entre colonizadores y colonizados, particulares e indígenas, ciudadanos y súbditos ocultaba una enorme diversidad de intereses y relaciones de poder. Y en este entramado, el estado jugó no pocas veces un papel de intermediario: a menudo apoyando a los colonos en su búsqueda de trabajadores baratos y disciplinados, pero también proporcionando una cierta protección a los sectores más débiles contra las dinámicas más crudas del capitalismo colonial. Y siempre tratando de controlar las rápidas transformaciones sociales generadas por el impacto colonial.

Si finalmente el colonialismo no logró imponer sus formas de organización política y jurídica en África no fue sólo debido a las reticencias de los colonizadores a considerar a los africanos como iguales, sino también a su incapacidad para dominar todo el proceso de conquista, gobierno e ingeniería social. Las reacciones de los africanos ante la invasión, la divergencia de intereses de los grupos europeos que desembarcaban en el continente, o la escasez de medios, fueron condicionantes fundamentales del derecho que se fue gestando. En última instancia el estado colonial y su derecho se conformaron en el marco de las contradicciones entre objetivos diversos, como la transformación social, la explotación económica y el orden político. Y por supuesto, en medio de la acción de las personas y de los procesos sociales. De ahí que su estudio permita comprender de una forma privilegiada los entresijos de la tensión colonial.

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

“MISSAÕ CIVILIZACIONAL” E CODIFICAÇÃO
DE *USOS E COSTUMES* NA DOCTRINA
COLONIAL PORTUGUESA (SÉCULOS XIX-XX)

O pluralismo que caracterizou a paisagem jurídica dos territórios colonizados pelos europeus, as regras que presidiram à sua ordenação, não resultaram de um acto do poder colonial que, por antecipação, tivesse formalizado soluções *à priori* para solucionar conflitos suscitados pela convivência, naqueles territórios, de ordens jurídicas distintas, separadas pela diversidade das suas normas e das suas autoridades e agentes judiciais. Pelo contrário, uma coisa e outra — o pluralismo e as soluções que engendrou — emergiram das práticas sociais das pessoas envolvidas no ‘encontro colonial’. Esse encontro — do Estado colonizador com os colonos e com os povos nativos e destes entre si — produziu, na sua origem, sistemas jurídicos híbridos, cujas fronteiras não foram fixadas de forma linear e cujas hierarquias se mantiveram, por muito tempo, ‘em aberto’. O poder colonial foi, em muitos casos, sobretudo nos primeiros tempos da colonização, uma instância essencialmente passiva, que os actores sociais utilizaram para prosseguir fins próprios. Em situações limite, nas zonas de fronteira, foi a própria capacidade de acção (*agency*) das populações nativas daqueles territórios que concedeu às instâncias judiciais do colonizador um papel que ele mesmo não se tinha concedido, ou que até não tinha desejado ⁽¹⁾. Inúmeros casos

⁽¹⁾ Entre os motivos que explicam o amplo reconhecimento dos direitos e autoridades judiciais nativas nos primeiros tempos da colonização europeia, com o consequente afastamento dos povos nativos das leis e tribunais coloniais, contam-se: a economia dos custos da administração, o desejo de não suscitar a hostilidade das comunidades nativas ou a evocação do contraste entre um direito europeu complexo e doutrinariamente muito elaborado e o ‘primitivismo’ das comunidades nativas, v. T.W. BENNET, *Conflict of Laws: The Application of Customary Law and the Common Law in*

já estudados mostram, por exemplo, que a iniciativa de sectores das populações nativas capazes de fazer jogar a seu favor as ambiguidades jurisdicionais criadas pela presença europeia obrigou os poderes coloniais a clarificar o âmbito das suas jurisdições, quer no sentido de uma maior inclusão daquelas populações, quer no sentido de um reconhecimento mais formalizado da sua alteridade jurídica (2). Outras vezes a hegemonia do sistema jurídico colonial foi construída com a participação positiva daquelas populações. Por exemplo, sempre que recorreram às estruturas judiciais europeias para tentar obter soluções jurídicas que lhes fossem favoráveis (3). Em outras situações, ainda, foi a competição das autoridades coloniais pelo alargamento das respectivas jurisdições que criou novas oportunidades de inclusão e de definição do estatuto de grupos nativos e europeus (4). Essa definição era tanto mais importante quanto, em meios coloniais, as fronteiras jurisdicionais coincidiam com outras fronteiras, culturais, religiosas e raciais. A luta pela definição daquelas fronteiras era, por isso, uma luta pela definição de identidades, pelo reforço ou pela atenuação de distinções entre as diversas comunidades (5). E o apelo às instâncias coloniais, às quais se

Zimbabwe, in « The International and Comparative Law Quarterly », 30, 1981, 1, p. 59. Aqueles motivos foram universalmente enumerados na literatura colonial portuguesa dos finais do século XIX-início do século XX.

(2) « Colonizing groups in fact wished at times to restrict jurisdiction and thus to reinforce cultural divides[...]. Some indigenous groups struggled to be included on equal terms; others fought to maintain the legitimacy of alternative legal forum; still others pursued both strategies simultaneously »: L. BENTON, *Law and Colonial Cultures, Legal Regimes in World History: 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 12.

(3) V. M. CHANOCK, « *Law, Custom and Social Order, The Colonial Experience in Malawi and Zâmbia* », Cambridge, Cambridge University Press, 1985, p. 9-11 e ID., *Paradigms, Policies and property: a review of the customary Law of Land tenure*, in K. Mann and R. Roberts (eds.), *Law in colonial Africa*, Portsmouth, Heinemann, 1991, p. 72 e ss. onde os exemplos descritos mostram como grupos diferentes das sociedades africanas desenvolveram 'versões' divergentes do seu direito tradicional junto dos tribunais coloniais. Outra possibilidade explorada foi o recurso às normas do direito europeu, que podiam ser mais favoráveis às pretensões desses grupos.

(4) V. alguns exemplos em L. BENTON, *Law and Colonial Cultures*, cit., pp. 127 -209.

(5) V., entre muitos, E. KOLSKY, *Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India* (www.press.uillinois.edu/journals/lhr/kol23-3.pdf), a propósito da resistência dos colonos ingleses contra a uniformização (desidentificadora)

reconhecia um certo poder de arbitragem, ajudou também a consolidar a sua autoridade e, com isso, a construir um lugar hegemónico para o Estado colonial.

Foram, assim, processos de natureza complexa que acompanharam a substituição, sobretudo a partir de meados do século XIX, de ordens jurídicas coloniais que podemos designar, recorrendo à tipologia de Lauren Benton, por *multicêntricas*, por ordens jurídicas *estatacêntricas* (6). Nestas, o pluralismo jurídico em meios coloniais transformou-se num projecto, um projecto no qual o Estado colonial se assumiu como pólo ordenador da diversidade, com a correspondente ‘missão’ de fixar não apenas as regras reguladoras do funcionamento dos sistemas jurídicos plurais, como também os estatutos jurídicos das populações neles envolvidas, face à ordem jurídica hegemónica. Nessa altura, os documentos legislativos que formalizaram as regras que deviam ordenar a vida jurídica colonial ocultaram a complexidade dos processos de sedimentação negociada e de acomodação mútua atrás descritos, subalternizando os sujeitos históricos nele envolvidos. Paralelamente, também a omnipresença do conflito entre as diversas ordens jurídicas foi ocultada, nesses documentos, pela ideia da natureza passivamente subordinada dos sistemas jurídicos nativos e dos seus agentes, que os poderes coloniais procuraram confinar em espaços próprios e, sempre que possível, controlar. Uma das modalidades desse controlo foi dar aos sistemas nativos uma forma mais próxima das formas jurídicas europeias, por um lado, e colocar nas mãos de juízes e administradores coloniais a aplicação das suas normas, por outro. A codificação dos *usos e costumes*, em algumas das suas dimensões, inscreve-se neste processo. Um dos objectivos que se pretendia realizar com essas codificações era o de fixar as regras e princípios dos direitos nativos, para que não houvesse abusos nem arbítrio na sua aplicação. Garantia-se,

do direito e do sistema judicial na Índia. Situação semelhante foi descrita por Lauren Benton para Cape Colony e New South Wales, desta vez centrada na preservação da diferença entre os nativos e os europeus degredados (cit., pp. 167 e ss.).

(6) « Multicentric legal orders — those in which the state is one among many legal authorities — contrast with state-centered legal orders in which the state has at least made, if not sustained, a claim to dominance over other legal authorities »: v. BENTON, *Law and Colonial Cultures*, cit., p. 11. O tema que unifica esta colectânea de estudos da autora é, exactamente, o das modalidades de transição de um modelo para o outro.

nesse sentido, um governo pela lei (*rule of law*) às populações nativas. Mas acontece que este desígnio de ‘modernidade’ era contrariado por outras dimensões da actividade codificadora dos direitos nativos. Na verdade, a ‘lei’ que ali se codificava não era a lei codificada dos modernos Códigos europeus, nem na sua origem — aqueles direitos não tinham emanado de assembleias representativas da vontade dos povos — nem nos seus conteúdos, em muitos casos incompatíveis com os valores jurídicos que presidiram ao movimento codificador na Europa. Como se vai ver mais à frente, os *usos e costumes* codificados confirmavam, em territórios não europeus, as relações de poder, de autoridade e de dependência que o movimento codificador visava fazer desaparecer na Europa (7). Não se tratava, também, de ‘democratizar’ o conhecimento das normas jurídicas, já que essas normas eram escritas numa língua que a maior parte da população nativa desconhecia.

O que se pretende fazer nas próximas páginas deste texto é mostrar de que forma foi resolvida, no colonialismo português dos séculos XIX-início do século XX, a contradição, em parte apenas aparente, entre a preservação dos *usos e costumes* das populações não europeias, que a respectiva codificação indiciava, e a ‘missão civilizacional’ que cada uma das potências coloniais — e também Portugal — afirmava prosseguir junto daquelas populações (8).

Quando, em 1869, o governo da metrópole portuguesa publicou o decreto que fez aplicar, nos territórios coloniais, o recém aprovado Código Civil Português de 1867, estava a dar continuidade a uma política há muito seguida pelos governos do constitucionalismo monárquico português, que era a de fazer aplicar no território colonial os grandes diplomas legislativos que iam sendo aprovados, para a metrópole, no Parlamento metropolitano (9). Essa ‘tradição’

(7) Era essa a intenção doutrinal do movimento codificador do século XIX, não obstante terem os próprios Códigos europeus preservado, no ‘espaço doméstico’, as relações de dependência e de autoridade herdadas dos séculos anteriores.

(8) Sobre essa tensão v. *European Expansion and Law, The encounter of European and Indigenous Law in 19th-and 20th-Century Africa and Asia*, W.J. Mommsen and J.A. de Moor (eds.), Oxford/New York, Berg, 1992, p. 8 (Introduction).

(9) Outra característica do governo colonial durante o período do constitucionalismo monárquico (1820-1910) foi a inexistência de instituições representativas locais nas colónias, uma ausência ‘compensada’ — afirmava a generalidade dos políticos da época

estava associada à ideia de que as colónias eram parte integrante do território português, províncias iguais às províncias do território da metrópole, com a especificidade de estarem geograficamente situadas do outro lado do oceano; de serem, por isso, ‘províncias ultramarinas’, como ficara logo decidido na primeira assembleia constituinte portuguesa (1820-22). No caso concreto, o da aplicação do Código Civil português de 1867, pretendia-se pôr termo « à desigualdade dos cidadãos de além mar continuarem sujeitos a uma legislação civil diferente da que vigora no continente do Reino » (10). Só que, desta vez, não era possível abstrair da presença, naquelas províncias, de populações que se regiam por normas de direito privado substancialmente diferentes do direito codificado no Código Civil. O decreto de 1869 reconhecia, por essa razão, que existiam, nos territórios ultramarinos, realidades jurídicas pré-existentes, cuja diferença relativamente ao Código era irreduzível. E a solução que ficou nele plasmada foi, quanto a isso, a de que se ressaltassem os *usos e costumes* das populações nativas. Face à vigência universal do Código, tais *usos e costumes*, apesar de serem « nativos », passaram então à categoria de direitos « estrangeiros », que vigorariam apenas na parte ultramarina do território nacional.

Entre esses *usos e costumes* incluíam-se os já codificados, na Índia, em textos que tinham já antes sido oficialmente reconhecidos (11). Além destes, incluíam-se também os costumes não codifi-

— pela contínua presença de deputados eleitos pelo Ultramar no parlamento português. De facto, Portugal foi talvez o único caso de uma potência colonial que conservou a representação política das colónias no parlamento metropolitano, sem interrupções, até à descolonização.

(10) V. *Colecção de Decretos promulgados pelo Ministério dos Negócios da Marinha e Ultramar em virtude da Faculdade concedida pelo § 1 do art. 15º do Acto Adicional à Carta Constitucional da Monarquia*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1870, p. 35.

(11) O decreto de 1869 referia-se ao *Código dos usos e costumes dos hindus das Novas Conquistas*, aprovado pela portaria provincial de 14 de Outubro de 1853, e ao *Códigos dos usos de Damão e Diu*, aprovados pela portaria provincial n. 77 de 31 de Agosto de 1854, ambos confirmados por portaria do Ministério da Marinha e Ultramar de 4 de Dezembro de 1865 (v. L. DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929, vol. I, p. 150-5). Na Índia portuguesa designavam-se por ‘Novas Conquistas’ os territórios conquistados aos régulos vizinhos das províncias de Bardez, Ilhas e Salsete (as ‘Velhas Conquistas’) na segunda metade de setecentos. Nessa altura tinha-se optado por uma

cados, que o decreto mandava codificar « de imediato ». Entre estes últimos estavam realidades tão díspares quanto a dos *usos e costumes* dos chins, em Macau (China), os usos e costumes dos indígenas de Timor, no Extremo Oriente, e ainda os da Guiné e Moçambique, em África, distinguindo-se, para o caso de Moçambique, o direito civil das populações hindus, muçulmanas e « gentias », igualmente subsumidos à categoria de *usos e costumes* nativos.

Ao reconhecer a vigência dos *usos e costumes* e a possibilidade de estes serem administrados em tribunais especiais ⁽¹²⁾, o decreto conferia legalidade a situações judiciais totalmente híbridas e, sobretudo, muito diversas entre si ⁽¹³⁾. Situações que, até essa altura, tinham sido praticamente ignoradas pelos governos liberais, nomeadamente nos diplomas da organização judiciária da metrópole que se tinham mandado aplicar no Ultramar; embora tivessem sido fugazmente referidas na legislação especial com a qual se introduziam as « modificações » que a aplicação de códigos europeus em outras latitudes requeria ⁽¹⁴⁾. Tais situações podiam remeter para o funcionamento de estruturas jurídicas africanas praticamente intocadas

política de tolerância quase total para com os *usos e costumes* dos povos que residiam nas *Novas Conquistas* e de transigência em relação à sua religião (v. M. DE JESUS DOS MÁRTIRES LOPES, *Goa Setecentista, Tradição e Modernidade, 1750-1800*, Lisboa, Centro de Estudos de Povos e Culturas de expressão portuguesa, Universidade Católica Portuguesa, p. 80).

⁽¹²⁾ O decreto é omissivo quanto aos tribunais nos quais os *usos e costumes* seriam aplicados, mas no relatório que o precede admitia-se a sua aplicação em tribunais especiais; o que, como se vai ver a seguir, podia envolver o reconhecimento de poderes judiciais quer às autoridades administrativas e militares coloniais, quer às autoridades tradicionais africanas, v. *Colecção de Decretos promulgados pelo Ministério dos Negócios da Marinha e ultramar em virtude da Faculdade concedida pelo § 1 do art. 150 do Acto Adicional*, cit., p. 36.

⁽¹³⁾ V. a abor dagem geral dessas situações em A.M. HESPANHA, *Panorama da história político-institucional de Macau*, Macau, Fundação Macau, 1995.

⁽¹⁴⁾ Assim, para dar um exemplo, o *Regimento para administração da justiça nas províncias de Moçambique, Estado da Índia, Macau e Timor*, aprovado por decreto de 1 de Dezembro de 1866, determinava que os juizes de direito deviam, na Índia, observar os *usos e costumes* nas causas dos súbditos não cristãos, v. *Boletim do Conselho Ultramarino - Legislação Novíssima*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1868, vol. III (1857-1862), p. 503-535. Esta legislação especial tinha origem no governo, e não no Parlamento, de acordo com um artigo constitucional que admitia a vigência de leis especiais no Ultramar e que o governo pudesse, excepcionalmente, legislar para os territórios ultramarinos.

pela presença colonial portuguesa, mas que esta já reconhecera, em documentos produzidos pela administração local das colónias. O reconhecimento ‘oficial’ dessas estruturas ficou documentado nos *Autos de reconhecimento de vassalagem*, textos onde se enumeravam as cláusulas de autênticos ‘contratos de vassalagem’ pelos quais algumas autoridades nativas africanas se ligavam, desde o Antigo Regime, à administração colonial portuguesa. Nesses *Autos*, que eram instrumentos ‘clássicos’ de uma ‘ordem internacional colonial’, que funcionava à margem do Direito internacional da época ⁽¹⁵⁾, a parte portuguesa comprometia-se, quase sempre, a respeitar os *usos e costumes* das comunidades ⁽¹⁶⁾.

Outras situações, desta vez situadas à margem da desejada unidade jurídica do território português, eram situações, também herdadas dos séculos anteriores, nas quais as autoridades administrativas e militares dispensavam justiça a populações nativas, algumas já europeizadas, e que tinham estado na origem de uma ou outra tentativa de codificação de *usos e costumes*, de iniciativa quase particular e que em nenhuma altura tinham obtido reconhecimento oficial. O caso mais conhecido, no século XIX, é o dos *Milandos*, em Moçambique, diferendos resolvidos em assembleias que podiam ser presididas por régulos africanos, por capitães-mores (autoridades militares europeias) ou pelos *senhores dos prazos* (autoridades crioulas, cujo poder se tinha autonomizado relativamente ao aparelho colonial), e cujas decisões eram, por vezes, apreciadas, em última instância, pelos governadores das províncias ⁽¹⁷⁾. Nos anos cin-

⁽¹⁵⁾ Sobre a construção dessa ordem e a sua ocultação no Direito internacional que ligava as Nações ‘civilizadas’ v. E. KEENE, *Beyond the Anarchical Society, Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. Sobre a aplicação do modelo proposto por Keene ao direito colonial português no século XIX v. C. NOGUEIRA DA SILVA, *A cidadania nos Trópicos. O Ultramar no constitucionalismo monárquico português (c. 1820-1880)*, Dissertação de doutoramento apresentada à Universidade Nova de Lisboa (Faculdade de Direito), Lisboa, 2004, polic, pp. 364 e ss.

⁽¹⁶⁾ V., por exemplo, *Annaes do Conselho Ultramarino, Parte Oficial*, série I (1854-58), Lisboa, Imprensa Nacional, 1867, p. 149.

⁽¹⁷⁾ Essas situações são descritas por Joaquim d’ALMEIDA E CUNHA em *Estudo acerca dos usos e costumes dos Baniães, bathiás, parses, Mouros, gentios e indígenas para cumprimento do que dispõe o artigo 8º, § 1 do Decreto de 18 de Novembro de 1869*, Moçambique, Imprensa Nacional, 1885, p. VII e ss., bem como em regulamentos localmente redigidos para regular o exercício das autoridades administrativas moçam-

uenta do século XIX já tinha sido localmente redigido um *Projecto de Regulamento para a decisão das questões cafreais* (1853), que estivera na origem do primeiro *Código Cafreal do Distrito de Inhambane* (Moçambique), cujas disposições eram aplicadas naquele distrito na altura em que o Código Civil foi estendido ao ultramar⁽¹⁸⁾. Apesar de não serem referidas na legislação geral, estas jurisdições dos capitães-mores e dos senhores dos prazos já tinham sido reconhecidas em portarias do governo. No ano de 1863, por exemplo, uma portaria régia tinha aprovado uma portaria local, do Governador-geral de Moçambique, datada de Outubro de 1861, onde se incluía, nas atribuições do capitão-mor do distrito de Angoche, o julgamento de « todas as questões cafreais, que se derem nas terras da sua jurisdição, ouvindo as partes e nomeando árbitros que perante ele decidam peremptoriamente as questões *pela boa razão e sã consciência*, guardando nestes processos as *formalidades do costume*, quando não sejam absurdas ou contrárias à boa razão e às leis »⁽¹⁹⁾. Angoche

bicanas, nos quais o exercício da justiça era muitas vezes subtraído a essas autoridades, a favor dos senhores dos prazos. Já no início do século XX um oficial da administração ultramarina, Manuel Moreira Feio, descreve a instituição das *banjas*, uma recepção anual que os governadores faziam aos régulos e colonos sujeitos à sua jurisdição, durante as quais conheciam em última instância os *milandos* entre régulos ou entre colonos. Estas *banjas* teriam vigorado, até 1876, como um meio privilegiado quer de acesso ao conhecimento dos *usos e costumes* dos nativos, quer de intervenção do governador nos diferendos que os opunham entre si e aos colonos, v. M. MOREIRA FEIO, *Indígenas de Moçambique*, Lisboa, Tipographia do Comércio, 1900, p. 146.

⁽¹⁸⁾ O *Código Cafreal* não chegou a obter a aprovação do Governador-geral da província e só viria a ser publicado alguns anos mais tarde, em ALMEIDA E CUNHA, *Estudo acerca dos Usos e Costumes*, cit., p. XIX e ss. Mais tarde ainda, já em 1889, seria aprovado, agora pelo governo da metrópole, um novo Código de Milandos, um *Código dos Milandos inbambanenses*. Foram estes os resultados mais importantes dos esforços, sistematicamente fracassados, de codificação de *usos e costumes* africanos no Império português do século XIX-inícios do século XX. A sistematização desses esforços pode encontrar-se em R. MATEUS PEREIRA, *A "Missão Etnográfica de Moçambique". A codificação dos "usos e costumes indígenas" no direito colonial português, Notas de investigação*, in « Cadernos de Estudos Africanos », 1, Julho/Dezembro, 2001, p. 129 e ss.

⁽¹⁹⁾ V. *Boletim do Conselho Ultramarino-Legislação Novíssima*, cit., vol. III, p. 32, sublinhados nossos. A referência à *boa razão* como critério de julgamento e como limite de validade dos *usos e costumes* recorda as restrições que o *iluminismo* colocava ao direito tradicional europeu e surgia também, quase sempre, nos contratos vassálicos, nos quais os *usos e costumes* eram tolerados, mas desde que não se opusessem « aos princípios da humanidade e às leis da Nação portuguesa ».

era, na altura, uma das mais importantes cidades islâmicas da costa moçambicana, cujos emires se encontravam ligados à coroa portuguesa através dos já referidos ‘laços de vassalagem’ (20).

Da natureza bastante ‘informal’ de todos estes julgamentos retiveram-se alguns testemunhos, quer entre os deputados das cortes metropolitanas (21), quer nos manuais de direito e administração colonial, que começaram a publicar-se a partir de finais do século XIX. O autor de um desses manuais, que tinha sido juiz no Ultramar, explicava de forma muito clara que ali « [...] as questões indígenas são decididas e muito bem pelo critério de cada juiz territorial ou chefe administrativo, à moda indígena, que é a que os pretos aceitam e respeitam, não havendo a mais ligeira forma de processo nem de fiscalização para o julgamento, às vezes importantíssimo, das *ouvidas* de Angola, dos *milandos* cafreais de Moçambique ou das *justiças* de Timor » (22).

Havia, finalmente, situações mais formalizadas, em que os tribunais criados pelos portugueses aplicavam os *usos e costumes* nativos. Era o caso dos tribunais ordinários na Índia, desde tempos recuados, ou de tribunais especiais, como o da *Procuratura dos Negócios Sínicos*, em Macau, cujo procurador acumulava funções administrativas e judiciais junto das populações chinesas, às quais

(20) Também em Angola as causas civis entre indígenas, chamadas de *ouvidas*, eram julgadas, em primeira instância e verbalmente, por comandantes militares, sendo nelas aplicado, com as mesmas restrições, o direito local africano, como fora reconhecido no primeiro *Regimento de justiça do Ultramar português*, publicado em 1852, v. *Novíssima Reforma Judiciária ...*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1888, pp. 614-5.

(21) Em sessão das Cortes de 1861 um deputado (Pinto de Magalhães) dava a conhecer essa situação: « Há bastantes capitães-mores [...] e comandantes de terras firme que julgam as questões cafreais, e tem julgado sempre, desde o princípio da conquista, sem que a autoridade judicial nem o Governador-geral se metam n’isso; e julgam logo, sumariamente », v. *Diário de Lisboa*, 26 de Fevereiro de 1861, sessão de 23 de Fevereiro de 1861, p. 522.

(22) V. Albano de Magalhães, *Estudos coloniais*, cit. p. 190. Sobre as *ouvidas* ou *juízos de mucanos*, julgamentos equivalentes aos *milandos* moçambicanos, mas em Angola, v. Catarina Madeira Santos, *Um governo ‘polido’ para Angola, reconfigurar dispositivos de domínio (1750-c. 1800)*, Dissertação de doutoramento apresentada à Universidade Nova de Lisboa (Faculdade de Ciências Sociais e Humanas), Lisboa, 2005, polic., p. 366 e ss. Como a autora explica, também os Governadores-gerais eram, em Angola, juízes de *Mucanos*.

aplicava direito chinês (23). Era ainda o caso dos juizes especiais que, desde o Antigo Regime, administravam justiça aos « grumetes », nome com o qual os portugueses designavam os indivíduos de origem africana que residiam na feitoria portuguesa da Guiné e ali desenvolviam actividades como as de carregador e que, sendo intermediários entre os portugueses e os povos nativos (Papéis), acabaram por assimilar, em algum grau, a cultura portuguesa (24).

Além de atribuir validade legal a todos estes *usos e costumes*, o decreto de 1869 mandava codificar « de imediato » os que ainda não estavam codificados, sujeitando a sua vigência à conformidade com a « moral e a ordem pública ». Essa conformidade, por um lado, e o próprio desejo de ‘codificar’, por outro, permitem perceber que, como acontecia nos territórios coloniais de outros Impérios, as ordens jurídicas que o decreto de 1869 admitia que convivessem, no Ultramar, com o Código Civil, não eram percebidas como ordens apenas *diferentes* da metropolitana, nem as suas normas como *alternativa* equivalente ao ordenamento regido pelo Código civil. Pelo contrário, surgiam como *ordens jurídicas inferiores* e, por isso, desejavelmente transitórias. Em primeiro lugar, porque o próprio acto de codificar envolvia a ideia de enquadrar, de dar forma a algo que carecia dela (25). Mas, principalmente, porque o filtro da

(23) Sobre a Procuratura e o direito aí aplicado v. Maria Carla Faria Araújo, *Direito Português e populações indígenas. Macau (1846-1927)*, dissertação de mestrado em Ciências Sociais no Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2000, polic. Para a Índia, além do trabalho já citado, v. A. Barreto Xavier, *A invenção de Goa. Poder imperial e conversões culturais nos Sécs. XVI e XVII*, dissertação de doutoramento defendida no Departamento de História e Civilização do Instituto Universitário Europeu, Florença, 2003, polic.

(24) Em algumas ocasiões estes *Grumetes* chegaram a apoiar a presença portuguesa contra os povos Papéis (nos quais a maioria tinha origem), cujos régulos, até aos anos quarenta do século XIX, exerciam plena soberania sobre as terras onde estava instalada a feitoria portuguesa e cuja hegemonia permaneceu intacta, nos espaços circundantes da Ilha de Bissau, durante todo o século.

(25) Sobre o enquadramento de ordens jurídicas “informais” pela aplicação de técnicas jurídicas provenientes de ordens ‘formais’, baseadas no registo escrito, os seus significados simbólicos bem como as alterações que estão envolvidas no processo de tradução escrita de formas de regulação orais, em territórios europeus, veja-se A.M. HESPAÑA, *Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica*, in Id., *La Gracia del derecho, Economía de la Cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Sobre processos semelhantes, mas em territórios coloniais, T.W.

‘moral’ como condição de vigência dos *usos e costumes* transformava a codificação num instrumento de transformação intencional, e não apenas de “reprodução” escrita de normas que vigoravam oralmente. Já o filtro da ‘ordem pública’ remetia para a eliminação de normas que dificultassem a prossecução dos fins da colonização.

Que a codificação era um meio de activar o ‘filtro’ da moral e da ordem pública mostra-o o facto de se determinar, no decreto de 1869, que só aos *usos e costumes* ainda não codificados esse filtro fosse aplicado. Presumia-se, com isso, que nos já codificados aquele critério se tinha ‘positivado’. Mas além desse, existem outros indícios da relação que havia entre o trabalho de codificação, o afastamento de *usos e costumes* tidos por não civilizados, por um lado, e, por outro, a introdução de valores jurídicos ‘civilizados’. Por exemplo, a codificação de *usos e costumes* tentada em Moçambique, nos anos cinquenta do século XIX, foi relacionada por Joaquim de Almeida e Cunha — um jurista nomeado pelo Governador-geral de Moçambique, no início dos anos oitenta, para compilar os *usos e costumes* daquela província, em cumprimento do decreto de 1869 — com a vontade, expressa pelo então Governador-geral, de acabar com instituição da auto-escravização através da venda do corpo ⁽²⁶⁾. Esta associação entre a *missão civilizacional* da colonização e o combate às formas africanas de escravização estava, por sua vez, de acordo com anteriores imposições vindas da metrópole. Desde os anos trinta que a legislação sobre Rios de Sena (Moçambique) proibia a auto-escravização de indivíduos livres, por ser contrário ao direito natural, ao direito civil português e « aos princípios de justiça que regem as nações civilizadas, a prática, geral entre quase todos os

BENNETT e T. VERMEULEN, *Codification of Customary Law*, in « Journal of African Law », 24, 2, maxime pp. 212 e ss.

⁽²⁶⁾ ALMEIDA DA CUNHA, *Estudo acerca dos usos e costumes dos Banianes*, cit., p. IX. Em um dos artigos do *Regulamento para o capitão-mor da Vila de Quelimane e seu termo*, aí transcrito (p. XV), proibia-se, de facto, « o uso antigo dos negros venderem os seus corpos; tal venda será considerada sempre nula e imoral, e o negro livre » (art. 13). Como é já conhecido, estas modalidades de escravização e auto-escravização africanas remetiam para situações muito distantes das que eram geradas pelas escravatura associada à colonização europeia, sendo a inserção social do escravo nas sociedades africanas totalmente diversa da do escravo das fazendas coloniais. Sobre este tema ver o trabalho clássico de IGOR ROPYTOFF e SUZANNE MIERS (eds), *Slavery in Africa. Historical and anthropological perspectives*, Madison, the University of Wisconsin Press, 1977.

povos negros de África, de, em várias circunstâncias, venderem os indivíduos a sua própria pessoa e a daqueles que lhe estão sujeitos, ou que são membros das suas famílias » (27).

Todas as intenções civilizadoras associadas ao trabalho de codificação seriam, mais tarde, doutrinalmente formuladas na literatura colonial dos finais do século XIX e do século seguinte. Nessa altura, apesar de estar já bem enraizado, na cultura jurídica europeia, uma interpretação sociologista do direito, que salientava a relação íntima que existia entre as normas jurídicas e a organicidade das sociedades, a colocação do trabalho de codificação dos *usos e costumes* ao serviço da sua transformação progressiva encontrou o ponto alto da sua explicitação. Marnoco e Sousa, um conhecido jurista a quem foi entregue a responsabilidade pela primeira cadeira de direito colonial em Portugal, criada em 1901 na Universidade de Coimbra, fê-lo logo nas suas primeiras *Lições*. Nas palavras do professor « [...] a manutenção dos usos e costumes indígenas deve-se considerar como uma situação provisória, que se pode prolongar por mais ou menos tempo, mas destinada a desaparecer » (28). Nesse processo, a codificação ressurgia no seu papel de instrumento privilegiado de transformação civilizadora dos *usos e costumes*. Assim, por exemplo, o direito de família dos nativos devia ser respeitado, por causa da sua organicidade, da sua íntima relação com as formas de vida nativas, mas a codificação desse direito devia, não obstante, promover o « melhoramento da condição da mulher no casamento e a suavização do pátrio poder ». Isso seria possível desde que se punissem com rigor « [...] os

(27) O mesmo se explicava numa portaria de 31 de Maio de 1858, pela qual o Secretário de Estado da Marinha e Ultramar aprovava a portaria de um governador de Moçambique que restituira a liberdade a « mais de duzentos colonos pretos do Prazo Licungo, que pelo capitão-mor das decisões cafreais, Hipólito José de Melo, haviam sido sentenciados a ser reduzidos ao estado de escravidão, como consequência de ter o chefe dos mesmos colonos vendido a liberdade da sua própria pessoa a outro indivíduo »: v. *Annaes do Conselho Ultramarino, Parte Oficial*, série I, cit., p. 383-384.

(28) MARNOCO e SOUSA, *Regime Jurídico das Populações indígenas*, in *Antologia Colonial Portuguesa, Lisboa*, vol. I, *Política e Administração*, Agência Geral das Colónias, 1946, p. 107.

crimes cometidos à sombra da autoridade familiar » (29). A finalidade que se prosseguia, prudentemente, era a de encontrar um « justo equilíbrio » entre o respeito pelas instituições nativas e a introdução de valores jurídicos civilizados. Para Marnoco e Sousa existia mesmo um exemplo bem sucedido, o do *Código de Milandos Inhambanenses* de 1889. Nesse Código, apesar de ser permitida a poligamia e o concubinato, as mulheres nativas podiam encontrar garantias jurídicas que eram desconhecidas pela sua cultura de origem (30).

Estas potencialidade civilizadoras do *Código dos Milandos* de 1889 já tinham sido, de resto, testadas por um agente da administração colonial, António Moreira Feio, quando garantira que a vigência daquele Código tinha dado lugar ao aparecimento, « [...] em volta de Inhambane, [de] uma população considerável de pretos relativamente civilizados, com a noção clara do direito de propriedade, da organização do trabalho e da família, com direitos e deveres que lhe são garantidos e regulados por uma lei escrita » (31).

O ponto de partida de Marnoco e Sousa era o de que, sendo as sociedades nativas sociedades internamente coesas e sendo essa coesão assegurada pelas instituições nativas tradicionais, era dever da ordem colonial preservar a racionalidade interna dessas instituições (« Nada mais injusto e anti-político, do que modificar arbitrariamente o direito de personalidade dos indígenas, que é um produto das suas concepções morais e religiosas e das suas necessidades económicas e sociais » (32)). As suas reflexões em torno das vantagens e desvantagens da codificação do direito nativo denotavam mesmo alguma preocupação com a deslealdade implicada na impo-

(29) MARNOCO e SOUSA, *Administração Colonial, Prelecções feitas ao curso do 4^o Ano Jurídico do ano de 1906-1907*, Coimbra, Tipografia França Amado, 1906, p. 246.

(30) V. MARNOCO e SOUSA, *Administração Colonial*, cit., p. 262-263. A poligamia, ao lado da idolatria, da antropofagia e da escravatura, eram, para os autores da época, os costumes que melhor indiciavam fases primitivas da civilização humana e, por isso, aqueles que o contacto com a civilização europeia desejavelmente faria desaparecer, como se percebe nas primeiras páginas do volume de um dos mais importantes nomes da política colonial portuguesa do século XIX, Andrade Corvo (v. J. DE ANDRADE CORVO, *Estudos sob as Províncias Ultramarinas*, Lisboa, Typ. da Academia Real das Ciências, 1884, vol. III, pp. 7 e ss.).

(31) V. MOREIRA FEIO, *Indígenas de Moçambique*, cit., p. 147.

(32) V. MARNOCO e SOUSA, *Administração Colonial*, cit., p. 231.

sição de elementos jurídicos europeus por meio da codificação (« E não é leal promulgar códigos em que se promete compilar o direito indígena e introduzir aí subrepticiamente princípios jurídicos europeus »⁽³³⁾). Acontece, porém, que o jurista acreditava que tais sociedades não eram estáticas. E como, na doutrina sociologista que o inspirava, a evolução histórica dos povos era conduzida por leis semelhantes às que tinham impulsionado a civilização europeia até ao mais alto grau de civilidade conhecido pelo Homem, não surpreende que a codificação dos costumes nativos e o seu papel no processo civilizacional dos povos nativos não fosse encarada como uma imposição violenta mas antes como um meio de acelerar um progresso *necessário*, ditado por leis naturais que presidiam ao desenvolvimento das sociedades. De certa maneira, a evolução natural das comunidades nativas, impulsionada pelo contacto com os europeus, era a adopção dos valores jurídicos ‘civilizados’. Estando convicto de que assim seria, Marnoco e Sousa chegou mesmo a rezear que a codificação se pudesse converter, em determinados momentos — ou em determinados lugares, onde o progresso fosse mais acelerado — num factor de ‘retardamento’. Por isso, ao lado de uma certa deslealdade, outra desvantagem da codificação de *usos e costumes* para a qual chamou a atenção dos seus alunos, foi a da possibilidade de nela se cristalizarem ‘costumes bárbaros’, o que atrasaria a absorção dos valores da civilidade. Ao ‘imobilizar’ os costumes indígenas, explicava o jurista, os códigos de direito nativo retardavam a « evolução natural que se produziria ao contacto do domínio europeu »⁽³⁴⁾.

Para este último problema já existia, contudo, uma solução administrativa, que era uma revisão/actualização periódica dos códigos de direito nativo, à medida que as populações se civilizassem. Era uma solução que a administração colonial portuguesa tinha já tentado, nos anos oitenta do século XIX. Nela se enquadra um decreto, publicado em 1880, onde se ordenava que o *Código de usos e costumes das Novas Conquistas*, na Índia, apesar de ter sido uma das codificações validadas pelo Decreto de 1869, fosse objecto de uma revisão, com o fim de se excluir nele « “[...] o que se opusesse

⁽³³⁾ *Ibidem*.

⁽³⁴⁾ V. MARNOCO e SOUSA, *Regime Jurídico das Populações indígenas*, cit.

à moral, ou à ordem pública ». Preservar-se-iam, depois da revisão, apenas os *usos e costumes* que « [...] por serem estritamente conexos com os ritos e organização familiar dos hindus, nem é possível abolir completamente *desde logo, nem modificar mais do que as crenças e hábitos d' eles o permitem* [...] »⁽³⁵⁾. Já no final da mesma década, em 1889, o Governador-geral de Moçambique fundava a necessidade de codificação dos *usos e costumes* aplicados nos *Milandos* em motivos semelhantes: era preciso rever os *usos e costumes* vigentes para combater aqueles que já não se adequavam ao « estado de relativa civilização em que os povos de Inhambane presentemente se encontram »⁽³⁶⁾.

Além das codificações, também o envolvimento de autoridades europeias na administração da justiça era descrito como um meio de introduzir transformações nos sistemas jurídicos indígenas. A criação dos capitães-mores na província de Moçambique, por exemplo, foi igualmente relacionada com a necessidade sentida pelos governos, já no Antigo Regime, de « regular a aplicação dos usos e costumes, como meio de gradualmente os modificar »⁽³⁷⁾. Também para Manuel Moreira Feio, a presença de um 'juiz' europeu ou de origem europeia era tão civilizadora quanto a codificação do direito, porque esse « julgador vai corrigindo e modificando os usos e preconceitos condenáveis dos indígenas, aproximando-os gradualmente, sem violências, nem lutas, dos bons princípios e práticas

(35) V. Relatório que acompanha o Decreto de 16 de Dezembro de 1880, *Colecção Oficial de legislação Portuguesa*, Ano de 1880, Lisboa, Imprensa Nacional, 1881, p. 404, sublinhados nossos. Com este decreto pretendeu-se também ressaltar os *usos e costumes* dos hindus gentios de Goa, sem distinção entre Novas e Velhas Conquistas, com o objectivo de se incluir na ressalva os hindus gentios das *Velhas Conquistas* e, em geral, os habitantes não católicos de Goa, que o decreto de 1869 não tinha considerado. Um Comentário detalhado a esta lei pode encontrar-se em L. DA CUNHA GONÇALVES, *Direito Hindú e Mahometano ...*, Coimbra, Coimbra Editora, 1923.

(36) V. Código dos Milandos Inhambanenses (Litígios e Pleitos), Moçambique, Imprensa Nacional, 1889.

(37) V. J. ALMEIDA DA CUNHA, *Estudo acerca dos usos e costumes dos Banianes* [...], cit., p. VII. Em outro estudo, o autor cita portarias dos governadores gerais de Angola dos anos cinquenta, incitando a que fossem contrariados costumes como a prisão e servidão por dívidas, v. J. D'ALMEIDA DA CUNHA, *Os indígenas nas colónias portuguesas d'África, e especialmente na Província de Angola*, Luanda, Imprensa Nacional, 1900, Documento 4, p. 75.

racionais, e tão proveitosos são já estes resultados, ou seja, a justiça aplicada directamente pelo governador, ou pelo capitão-mor, ou pelo senhor do prazo, que vemos nestas regiões profundamente alterados os actos mais importantes da vida social indígena, quais são o casamento e a sucessão » ⁽³⁸⁾.

Esta visão das coisas ficou também plasmada num documento produzido pela administração da primeira metade do século XIX, o *Projecto de Regimento para os Distritos e Presídios de Angola* (anos '40). Aí ordenava-se aos governadores subalternos dos presídios que, na sua qualidade de juizes ordinários, fizessem audiências para julgar as *ouvidas* de *mucanos*, « [...] retirando quanto for possível, o uso das leis Gêntilicas; não sentenciando contra Direito; ou concorrendo para que os Pretos continuem no depravado abuso de considerarem as suas amigas como mulheres recebidas à face da Igreja; devendo convencê-los com razões persuasivas a respeito de tais *mucanos*, assim como nos *quituxes* e *opandas*, por ser tudo reprovado » (art. 109) ⁽³⁹⁾. Aos mesmos governadores pedia-se, ainda, que criassem condições para a propagação da Religião católica junto dos « pretos avassalados [e] até do gentio » (art. 72), que procurassem abolir os feitiços e os ordálios, castigando exemplarmente quem os efectuasse (art. 72, § único), e que impedisse os Sobas de empenhar ou escravizar pessoas livres (art. 74, § único); mas, paralelamente, que não se intromettessem « com aqueles usos ou costumes que não forem contrários ao que fica determinado neste Regimento » (art. 74).

Em suma, a situação criada pelo decreto que fez aplicar o Código Civil ao ultramar não foi uma situação de pluralismo multicultural juridicamente protegido, que se traduzisse na criação de uma ordem jurídica (a colonial) caracterizada pela coexistência de

⁽³⁸⁾ V. *Indígenas de Moçambique*, cit., p. 129. Num ensaio muito singular António Gil, que tinha sido juiz em Angola, a cujo Conselho de Governo pertencera nos anos '40 do século XIX, já se tinha pronunciado sobre a importância das justiças europeias no combate ao que considerava ser rituais « bárbaros ou crúeis »: A. GIL, *Considerações sobre algumas partes mais importantes da moral religiosa, e sistema de jurisprudência dos pretos da África Ocidental Portuguesa além do Equador, tendentes a dar alguma ideia do carácter peculiar das suas instituições primitivas*, Lisboa, Tipografia da Academia Real de Ciências, 1854, p. 27.

⁽³⁹⁾ Projecto publicado em *Angolana (Documentação sobre Angola)*, Lisboa, IICA e CEHUL, 1976, Vol. III (1845), pp. 3-69.

múltiplas ordens jurídicas, cada uma constituindo uma variante « em função das pessoas » (40). Pelo contrário, aquele decreto não trazia uma atitude de reconhecimento da diversidade cultural ultramarina. Instituíra, em vez disso, um ‘pluralismo’ desequilibrado, que colocava, de um lado, a ordem jurídica portuguesa e, do outro, um conjunto de ordens jurídicas percebidas como inferiores. A preservação destas últimas supunha a existência de uma fronteira civilizacional que separava as populações civilizadas, sujeitas ao Código Civil, das populações não civilizadas, regidas, na sua vida privada, por *usos e costumes* cujo desaparecimento progressivo era visto como uma consequência natural da colonização europeia.

Aquela fronteira não encerrava, contudo, as populações nativas no mundo do direito tradicional, dos *usos e costumes*, da autoridade dos régulos. Pelo contrário, entendia-se que, concorrendo com o direito e as instituições civilizadas, as regras e as autoridades próprias dos sistemas jurídicos « não civilizados » seriam progressivamente afastadas, por meio de uma adesão voluntária cuja iniciativa partiria do próprio indivíduo nativo. De acordo com essa visão das coisas, o decreto de 1869 permitia que as populações nativas do ultramar optassem pela aplicação do Código civil em vez dos seus *usos e costumes* (de acordo com o art. 8, § 2 do decreto podiam fazê-lo, mediante acordo), conferindo-lhes assim o direito de escolha. Com ele presumia-se que, entre essas populações, existiam indivíduos que tinham passado (ou estavam em vias de passar) para o lado « civilizado » da fronteira civilizacional que dividia as populações que residiam no ultramar. Esta, igualmente de acordo com a tradição da presença portuguesa em outras latitudes, tendia a coincidir com uma fronteira religiosa, que separava as populações cristãs das que ainda não o eram, já que a conversão era outro projecto prosseguido pela política colonial portuguesa.

O conteúdo do parágrafo era o seguinte: « Nos casos em que as partes [...] optarem de comum acordo pela aplicação do código civil, será este aplicado ». Mas esta liberdade de escolha viria a ser subvertida logo no primeiro *Código de Milandos* oficial, o de 1889,

(40) V. J. VANDERLINDEN, *Les Droits Africains entre positivisme et pluralisme*, « Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre-mer », 49, 2000, pp. 279-292.

no qual se proibiu que os preceitos desse Código pudessem ser aplicados « [...]às relações que possam ter entre si ou com os indígenas das terras avassaladas os indivíduos que, sendo naturais do distrito de Inhambane ou nele residentes, seguirem a religião cristã [...] » (41). Assumia-se, assim, que a conversão ao cristianismo era um dos primeiros sinais de ‘assimilação cultural’, uma ideia que já estava muito presente no decreto que fez aplicar o Código Civil ao Ultramar, onde as populações cujos *usos e costumes* se admitia eram populações não cristãs. Na verdade, a presença colonial portuguesa norteou-se, desde o início, pelo princípio genérico de que as suas instituições — e, desde logo, as judiciais — tinham jurisdição somente sobre as populações cristãs (baptizadas), sendo isso muito evidente nos Regimentos dos oficiais que eram enviados para o Ultramar, desde tempos recuados (42). Também as reformas racionalistas que, no século XVIII, procederam a uma equiparação de estatutos entre populações nativas e europeias, se guiaram pelo critério religioso, restringindo essa equiparação às populações cristianizadas, como sucedeu no Alvará pombalino de 2 de Abril de 1761, declarando os cristãos nascidos na Índia portuguesa « em tudo iguais aos portugueses » nascidos no Reino (43).

Estava-se longe, portanto, da situação imaginada pelo regime de *indirect rule* que viria a ser instituído pelos ingleses, primeiro na Índia, depois em algumas das suas colónias africanas. Nesse regime o pluralismo jurídico assentava em pressupostos teóricos totalmente diversos. Tinha por detrás um discurso acerca das sociedades nativas, muito inspirado nos escritos de Henry Maine, onde essas sociedades eram descritas como sociedades estáveis e dotadas de forte coerência interna mas também, simultaneamente, como entidades frágeis e ameaçadas de destruição pela intervenção colo-

(41) v. *Código dos Milandos Inhambanenses (Litígios e Pleitos)*..., cit., p. 6.

(42) A forma como essa fronteira era tradicionalmente importante para distinguir entre as diversas categorias ‘étnicas’ das populações dos territórios coloniais em séculos anteriores está sintetizada por A.J.R. RUSSEL-WOOD, *Comunidades étnicas*, in *História da Expansão Portuguesa*, F. BETHENCOURT e K. CHAUDHURI (dir.), Lisboa, Círculo de Leitores, 1998, vol. III, maxime pp. 213 e ss.

(43) V. *Boletim do Conselho Ultramarino, Legislação Antiga*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1867, vol. II (1755-1834), p. 144.

nial ⁽⁴⁴⁾. Em consonância com isso, preconizava a protecção/reabilitação das sociedades tradicionais nativas contra os efeitos destrutivos das instituições e do governo coloniais. Os projectos de ‘assimilação’ e ‘modernização’ das sociedades coloniais e o ideal da ‘missão civilizacional’, seguidos nas colónias inglesas pelo liberalismo evangélico e pelos filósofos utilitaristas — nomeadamente Jeremy Bentham e Macaulay — eram nele denunciados porque, além de anacrónicos, favoreciam a desordem social nas colónias. Contra esses projectos, a reconstrução do direito e das autoridades ‘nativas’ — sempre fundada no pressuposto de que as sociedades nativas resistiam à modernização e à ‘civilização’ ⁽⁴⁵⁾ — era vista como uma solução para a instabilidade que a mesma ‘modernização’ ocasionara junto das populações. Uma instabilidade que estivera, por sua vez, na origem das revoltas que se haviam sucedido no Império a partir de meados do século XIX ⁽⁴⁶⁾. Neste registo, o que

⁽⁴⁴⁾ Sobre essa imagem, algo paradoxal, do modo de ser das comunidades nativas, v. K. MANTENA, “*Law and Tradition*”: *Henry Maine and the Theoretical Origins of Indirect rule*, in A. LEWIS and M. LOBBAN (eds.), *Law and History, Current Legal Issues*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 184. Henry Maine, cuja obra foi escrita durante os anos 50-60 do século XIX, foi, explica-se neste artigo, o autor que teorizou o essencial da ideologia que presidiu à teoria da *indirect rule*, embora não tenha retirado dessa teorização muitas das consequências depois desenvolvidas por aquela teoria, como a do governo dos povos coloniais por meio das instituições nativas.

⁽⁴⁵⁾ *Ivi*, p. 185.

⁽⁴⁶⁾ Há, de facto, uma relação entre estas ideias e a intensificação das resistências nativas à colonização a partir de meados do século XIX, nomeadamente a traumática revolta de 1857, na Índia. Na viragem do século, essa ideia será associada por Lord Lugard, teorizador da *indirect rule* como forma de exercício do governo colonial, ao papel destabilizador dos nativos *assimilados* à cultura europeia. Nesse momento as considerações teóricas de Henry Maine foram totalmente funcionalizadas a objectivos de segregação/dominação da população indígena por parte da potência colonizadora. Em primeiro lugar, porque o reconhecimento dos usos e costumes pressupunha o reconhecimento de uma autoridade indígena que os administrasse e cujo poder era, por esse meio, reconhecido e reforçado; ao contrário do que acontecia no ultramar português, o indígena não se podia subtrair, por vontade própria, ao ‘seu’ ordenamento jurídico. Depois, porque encerrava os indígenas numa organização tribal muitas vezes recriada, que fragmentava a maioria indígena colonizada, transformando-a num conjunto de minorias. Finalmente, porque os *usos e costumes*, tal como eram imaginados, legitimavam formas ‘tirânicas’ (tradicionais) de exercício do poder por parte das autoridades nativas, v. M. MAMDANI, *Citizen and Subject, contemporary Africa and the legacy of late colonialism*, New Jersey, Princeton Press, 1996, pp. 111 e ss. O reconhecimento dos usos e

se pretendia não era, como na doutrina jurídica portuguesa, impulsionar o progresso de organismos sociais evolutivos mas respeitar a orgânica interna de sociedades que eram descritas como sociedades estáticas.

* * *

Sabemos que o acto de codificar implica sempre o de modificar, mesmo quando a intenção de quem codifica é a de preservar. Em situação colonial esse acto significava inventar tradições, seleccionar fragmentos da memória jurídica das populações, muitas vezes funcionais aos objectivos da colonização. Significava, também, tomar partido nos conflitos que dividiam as populações nativas, favorecer alguns sectores dessas comunidades, enfraquecer o protagonismo de outras (47). Nenhuma dessas operações se constituiu, como sucedeu durante a execução de outros projectos coloniais, mais empenhados num compromisso de respeito pela ‘tradição’ (48), em objecto de reflexão aprofundada na literatura colonial portuguesa do século XIX - início do século XX. Isso aconteceu porque se, nos anteriores projectos, essas questões eram centrais — quer pelo seu interesse puramente doutrinal, quer também porque era preciso saber inventar a ‘tradição’ certa, seleccionar a memória mais conveniente, tomar partido pelo grupo junto do qual se acreditava poder recolher melhores apoios —, no projecto colonial português do século XIX-inícios do século XX, todas essas questões foram menorizadas porque, nele, o programa fundamental, sobretudo no momento em

costumes no decreto português de 1869 remete mais para uma tolerância pragmática relativamente a realidades já existentes do que para uma tentativa de tribalização/legitimação de poderes absolutos de autoridades tradicionais, o que não invalida a possibilidade de os ‘usos e costumes’ possam ter sido, no ultramar português do século XIX, objecto de apropriações funcionais próximas das que Mamdani descreve.

(47) V., entre múltiplos exemplos, P. G. PRICE, *The « popularity » of the Imperial Courts of Law: Three Views of the Anglo-Indian Legal Encounter*, in *European Expansion and Law. The encounter of European and Indigenous Law...*, cit., pp. 179-201.

(48) Como no caso da Índia inglesa, ao longo do século XIX, v. N. B. DIRKS, *The Policing of Tradition: Colonialism and Anthropology in Southern Índia*, in *Comparative Studies in Society and History*, 39, 1, 1997.

que se codificava a 'tradição', não era o de preservar mas, em vez disso, o de promover o seu desaparecimento, o de a substituir por uma (muito futura) assimilação.

GUNVOR SIMONSEN

LEGALITY OUTSIDE THE COURTROOM: PRACTICES
OF LAW AND LAW ENFORCEMENT IN
THE DANISH WEST INDIES AT THE END
OF THE EIGHTEENTH CENTURY

1. ...Hviid would often visit him and eat with him... — 2. ...grant those rights that humanity entails... — 3. ...merely evil persons among his master's negroes... — 4. ...the negro Jørgen got his 50 lashes three times... — 5. Escaping once, twice and... — 6. The characteristics of colonial legality as it appeared to enslaved Africans and Afro-Caribbeans.

The law as it developed in the Caribbean during the seventeenth and eighteenth centuries has often been described in terms of its differential treatment of enslaved and free people in slave society. Historians have noted that this judicial system did not work according to « a common discipline of all to a single rule of law »⁽¹⁾. It was not a system based on attempts to « envelop slaves in the idea of a unitary system of justice »⁽²⁾. Instead, the interest of the plantocracy in exploiting enslaved labour coincided with the practice of a law that has been seen to epitomize the exploitation of slaves in the Caribbean⁽³⁾.

⁽¹⁾ D. PATON, *Punishment, Crime, and the Bodies of Slaves in Eighteenth-Century Jamaica*, in « Journal of Social History », 34, 2001, 4, p. 923.

⁽²⁾ V. BROWN, *Spiritual Terror and Sacred Authority in Jamaican Slave Society*, in « Slavery and Abolition », 23, 2003, 1, p. 31.

⁽³⁾ For interpretations of the development and implications of slave legislation in the Caribbean see E. V. GOVEIA, *The West Indian Slave Laws of the 18th Century*, Barbados, Caribbean University Press, 1970; A. WATSON, *Slave Law in the Americas*, London, The University of Georgia Press, 1989; D.B. GASPAS, 'Rigid and Inclement'. *Origins of the Jamaica Slave Laws of the Seventeenth Century*, in *The Many Legalities of Early America*, edited by B. Mann and C.L. Tomlins, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2001, pp. 78-96; D.B. GASPAS, *With a Rod of Iron: Barbados Slave Laws as a Model for Jamaica, South Carolina, and Antigua, 1661-1697*, in *Crossing Boundaries*.

The same can be said of the judicial system in the Danish West Indies (4).

The judicial system established in the Danish West Indies was a result of Danish colonial aspirations. A Danish chartered company, the West India and Guinea Company, established itself in the Caribbean in 1672 on the small island of St. Thomas. During the next fifty years St. John and St. Croix were added to what became, over a period of roughly two hundred years, the Danish West Indies. The island of St. Croix soon developed into a thriving plantation society in which the labour on sugar plantations was performed by imported enslaved African labourers (5). When, in 1754-1755, the Danish state took over the islands from the West India and Guinea Company, it also took over the judicial authority over the inhabitants of the islands. Enslaved Africans and Afro-Caribbeans constituted around eighty-eight percent of the population of St. Croix at the end of the eighteenth and at the beginning of the nineteenth century (6). The majority of slaves were made to do harsh work in the cane fields (7) and a small minority served the Euro-Caribbean community in the towns of Frederiksted and Christiansted (8). The Danish colonial legal institutions supplemented, reinforced, and, in a few instances, regulated the relationship between slaves and masters in the Danish West Indies. For enslaved Africans and

Comparative History of Black People in Diaspora, edited by D.C. Hine and J. McLeod, Bloomington, Indiana University Press, 1999, pp. 343-366.

(4) For two examples of this way of presenting colonial legislation see K.F. OLWIG, *Cultural Adaptation & Resistance on St. John. Three Centuries of Afro-Caribbean Life*, Gainesville, University of Florida Press, 1984, pp. 21-22 and N.A.T. HALL, *Slave Society in the Danish West Indies. St. Thomas, St. John and St. Croix*, Mona, Jamaica, The University of the West Indies Press, 1992, p. 56-69. On Danish West Indian legislation see also P.E. OLSEN, *De dansk-vestindiske øer og junigrundloven*, in « Historie », 18, 1989, 1, pp. 1-28 and P.E. OLSEN, *Danske Lov på de vestindiske øer*, in *Danske og Norske Lov i 300 år*, edited by D. Tamm, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1983, pp. 289-321.

(5) J.O. BRO-JØRGENSEN (ed.), *Vore Gamle Tropekolonier*, vol. 1-4, Denmark, Fremad, 1966; and O. HORNBY, *Kolonierne i Vestindien*, København, Politikens Forlag 1980.

(6) HALL, *Slave Society*, cit., p. 5, table 1.1.

(7) Ivi, p. 75, table 4.2.

(8) Ivi, p. 88, table 5.1.

Afro-Caribbeans, this meant that they could appear in the police court, the lower court and the upper court of the Danish West Indies as defendants, witnesses (although they were not able to take an oath) and in a few cases, from around 1800 on, also, informally, as plaintiffs ⁽⁹⁾.

When enslaved Africans and Afro-Caribbeans appeared in court, they already had some knowledge of colonial forms of legality. Although courts were the principal sites in which the law was expressed and negotiated in the Danish West Indies ⁽¹⁰⁾, the law was not confined to the courtrooms. Legality, that is, the performance of rules, procedures, sanctions, and the employment of notions of justice and fairness, was a dominant feature of the social fabric on the plantations as well as in the towns of St. Croix ⁽¹¹⁾, and the knowledge that enslaved Africans and Afro-Caribbeans had of colonial legality came from their meetings with lower-ranking colonial officers and the institutional practices those officers performed ⁽¹²⁾. These petty colonial officials, the soldiers and guards at

⁽⁹⁾ G. SIMONSEN, *African and Afro-Caribbean Voices in the Lower Courts of the Danish West Indies*, Working Paper no. 04-15, International Seminar on the History of the Atlantic World, 1500-1825, Cambridge, MA, Harvard University, 2004, p. 5.

⁽¹⁰⁾ The presence of slaves in the Danish West Indian courts was substantial. In the police court records from St. Croix, Christiansted jurisdiction in the periods 1780-1782, 1800-1803 and 1820-1822 there were approximately 390 police court cases in which enslaved and free Africans and Afro-Caribbeans played a role (out of approximately 620 cases). In addition, more than 200 lower court verdicts over slaves were passed in the period 1780-1820. The archival material which has been consulted for this article is in *Rigsarkivet* (RA), The Danish National Archives. The main body of material is in the record group *Vestindiske Lokalarkeiver* (VILA), The West Indian Local Archives.

⁽¹¹⁾ For a presentation of the notion of legality C. TOMLINS, *The Many Legalities of Colonization. A Manifesto of Destiny for Early American Legal History*, in *The Many Legalities of Early America* edited by C. Tomlins and B.H. Mann, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2001, pp. 1-20; J.L. COMAROFF, *Foreword*, in *Law, Hegemony and Resistance*, edited by S.F. Hirsch and M. Lazarus-Black, New York, Routledge, 1994, pp. ix-xiii; M. LAZARUS-BLACK, *Slaves, Masters and Magistrates: Law and the Politics of Resistance in the British Caribbean, 1736-1834*, in *Law, Hegemony and Resistance*, edited by S.F. Hirsch and M. Lazarus-Black, New York, Routledge, 1994, pp. 252-281; and M. LAZARUS-BLACK, *Legitimate Acts and Illegal Encounters. Law and Society in Antigua and Barbuda*, Washington, Smithsonian Institute Press, 1994.

⁽¹²⁾ The main focus here is on the police institution, the chief of police and his

the fort, the warehouse guards, the chief of police and his officers were, apart from the enslaved Africans and Afro-Caribbeans themselves, the main actors in the day-to-day performance of colonial legality in the Danish West Indies. These were the officers who arrested slaves, who beat them and harassed them, who imprisoned them and chained them, who had them punished at the public whipping post, and who followed them to the court building and removed their chains before interrogations took place. It was also these officers who sometimes intervened when slave owners had mistreated their slaves badly or killed them ⁽¹³⁾.

Law enforcement or, in other words policing, in the Danish West Indies was subject to the same legal framework as that which

officers. Where possible I have also sought to include officers from the fort and the warehouse, as these were also involved in the up-keeping of public order. I have, not, however, looked into an important part of colonial law enforcement, namely the militias of Euro- and Afro-Caribbeans.

⁽¹³⁾ Trials against Euro-Caribbeans charged with attempted murder of slave/s, see 38.6.23. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1805-12-12 and date of verdict 1806-06-03; 38.6.25. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1811-12-04.

Trials against Euro-Caribbeans charged with murder of slave/s, see 38.6.13. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1779-04-08; 38.6.14. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1781-08-11; 38.6.18. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1794-09-12; 38.6.22. VILA. Christiansted Byfoged. Domprotokoller, date of verdict 1803-08-19; 38.6.23. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1805-02-01; 38.5.19. VILA. Christiansted Byfoged, Gæsteretsprotokoller, case begun 1782-09-20.

Trials against Euro-Caribbeans charged with their treatment of slave/s: 38.6.24. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1808-07-04; 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, 1802-06; 38.9.19. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1821-37, 1821-40, 1822-08, 1822-68 and 1822-75.

Trials against Euro-Caribbeans charged with mistreatment of slave/s, see 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1800-11-22, 1800-12-03, 1803-02-02, 1803-03-21, 1803-07-13 and 1803-08-02; 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-11-20, 38.6.17. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1790-02-01; 38.6.18. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1793-08-12; 38.6.21. VILA. Christiansted Byfoged. Domprotokoller, date of verdict 1799-11-15; 38.6.22. VILA. Christiansted Byfoged. Domprotokoller, date of verdict 1803-05-07, date of verdict 1803-08-24, date of verdict 1804-04-23, date of verdict 1804-07-06, and date of verdict 1803-03-07.

supported the emerging police institution in Denmark (14). An ordinance issued in 1755 specified the institutional set up of the West Indian judiciary and police by referring to the most comprehensive attempt at regulating police work in the Danish-Norwegian common monarchy, an ordinance issued in 1701 (15). The position as chief of police was not a separate appointment in the Danish West Indies, it was, as in Denmark, traditionally performed by the *byfoged*, that is, the officer who held the position of what has variously been translated as bailiff, sheriff and lower court judge (16). In the Danish West Indies the Governor General was to maintain « the highest and necessary supervision » over police work while the chief of police was responsible for the daily running of the office, which among other things, involved appearing as judge in the police court. The 1755 ordinance ensured the establishment of legal institutions based on Danish models. The link that was thus created between the colony and the metropole represented by, in particular, the Governor General, who was the King's representative in the Danish West Indies, provided the courts, the judges and the chief of police with a share of the legitimacy enjoyed by the Danish judiciary and, in the end, by the Danish absolutist regime (17).

For enslaved Africans and Afro-Caribbeans, however, it was the local slave legislation rather than metropolitan authority that mat-

(14) For the police institution in Denmark see P.U. KNUDSEN, *Lovkyndighed og vederbæftighed, sjællandske byfogeder 1682-1801*, København, Jurist- og økonomiforbundets Forlag, 2001, pp. 203-212 and pp. 324-336.

(15) *Kong Christian den Femtis Danske Lov*, edition and comments by V.A. Secher, København, Schultz, 1891, p. XL; and J.L.A. KOLDERUP ROSENVINGE, *Grundrids af den danske politiret. Til brug ved Forelæsninger*, København, Den Gyldendalske Boghandels Forlag, 1825, p. 5; 1755-03-31, *Anordning om Justitiens og Politiets Administration paa St. Croix, St. Thomas og St. Jan*, in *Chronologisk Register over de Kongelige Forordninger og Aabne Breve, som fra Aar 1670 af ere udkomne*, edited by J. H. Schou and J.L.A. Kolderup-Rosenvinge, København, 1777-1850; and 1701-10-22, *Fr. Om Politiets Administration*, in *Chronologisk Register*, edited by Schou and Kolderup-Rosenvinge, cit.

(16) E. GØBEL, *A guide to sources for the history of the Danish West Indies (U.S. Virgin Islands), 1671-1917*, Odense, University Press of Southern Denmark, 2002), 343; and HALL, *Slave Society*, p. v.

(17) J. VIBÆK, *Vore Gamle Tropekolonier. Dansk Vestindien 1755-1848. Vestindiens Storhedstid*, Denmark, Fremad, 1966, p. 16.

tered. Slaves were covered by Danish metropolitan legislation, the code *Danske Lov*, insofar as they could be covered by the *Danske Lov*'s fifth book on *Title, Property and Debt*. That is, as long as slaves could be seen as property, they were covered by the Danish legal codification. This meant that all those aspects of slavery and slave society in which slaves were not, or not only, property, were mainly regulated by the many local ordinances issued by succeeding Governor Generals (18). And they had not been wasting their time. During the period from 1755 to 1803, some 300 colonial ordinances were published in St. Croix. A quarter of these dealt with issues of law and order in relation to the enslaved population (19). The ordinances were announced by a town crier and, after the establishment of a regular newspaper, proclamations appeared in print (20). For those Africans and Afro-Caribbeans who heard the crier, and the few that read, the ordinances promoted a vision of society ruled by a law that regulated all those aspects of their life that could disturb the position of the white, in particular the white slave-owning, population of the Danish West Indies.

As an institution, the police adapted itself without much trouble to the West Indian society, in particular to the practice of slavery. The transition from Denmark to the Danish West Indies was probably made easier, at least for the law-makers, by vagueness of the definition of police formulated by royal officers and jurists in Copenhagen (21). In the Danish West Indies, legislation directly concerned with the reproduction of slavery (through the around 75 local ordinances concerning slaves mentioned above) was considered to fall under the auspices of the police. Moreover, the focus, for instance, on Christian morals and chastity apparent in the metropolitan description of police was absent in the Danish West Indies.

(18) P.E. OLSEN, *Danske Lov*, cit., pp. 289-321; VIBÆK, *Vore Gamle*, cit., p. 146, and *Kong Christian*, cit., p. 667.

(19) 2.1.1, 2.1.2, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.7, 2.1.8, VILA. Generalguvernementet, Plakatbøger, 1755-1803.

(20) HALL, *Slave Society*, cit., p.15, and VIBÆK, *Vore Gamle*, cit., p. 216.

(21) *Danske Lov*, cit., p. XL; KOLDERUP ROSENVINGE, *Grundrids af den danske politiret*, cit; and I. DÜBECK, « *alt hvis Politien egentlig vedkommer...* » *Forholdet mellem Danske Lov og den såkaldte politianordning*, in *Danske og Norske Lov* edited by Tamm, pp. 145-178.

Here, police ordinances and work were to a large extent directed towards the control of the enslaved population ⁽²²⁾.

It was through the day-to-day performance of legality that enslaved Africans and Afro-Caribbeans came to know colonial legality as it took form outside the courtroom. The aim in what follows is to trace this knowledge by focusing on the encounter between lower-ranking colonial officials and enslaved Africans and Afro-Caribbeans as it occurred in the jurisdiction of Christiansted in St. Croix at the end of the eighteenth century. I present five fragmented biographies of enslaved Africans and Afro-Caribbeans and trace their encounters with colonial officers and institutions. As will become clear, this is not a balanced presentation in which colonial officials receive as much attention as enslaved Afro-Caribbeans. It is, rather, a one-sided story in which colonial officials appear in so far as they can enhance our understanding of the conditions enslaved that Africans and Afro-Caribbeans had to take account of, the risks they ran or tried to avoid, and the possibilities that they could exploit when they met the colonial institutions of law and law enforcement. The analysis begins from the specificity of each meeting, but it has a general bearing on how we are to understand law and law enforcement outside the colonial courts, and — in turn — on how we are to understand what conditioned enslaved Africans and Afro-Caribbeans as they appeared before colonial courts. The argument made here does not disprove the partiality of colonial law-making, legislation, and law-enforcement. It suggests, however, in greater detail how the characteristics of colonial law and law enforcement framed the meeting between slaves and the law, and it questions whether the relation between slaves and the law is best thought of as one of opposition.

1. ...*Hviid would often visit him and eat with him...*

The enslaved man Wancky ⁽²³⁾ must have been annoyed when

⁽²²⁾ See for instance the instructions for police officers in 3.40. VILA. Den vestindiske regering, Guvernemetet på St. Croix. Instruktionsprotokol. 1723-1784, *Ordonance for politibetjente på St. Croix*, 1745-03-01.

⁽²³⁾ All translations from archival material are made by the author. Please note

he was charged in 1782 by police officer Hviid for having had a drink in a tavern after 6 pm ⁽²⁴⁾. Hviid was one of the more zealous police officers in Christiansted in the 1780s. His name appears again and again in records concerning police work and in the records of the police court, although, he was not, however, spotless, himself. He had been imprisoned at least twice, once for gambling in a « negro-house » and once for bad behaviour. He also often ended up in brawls ⁽²⁵⁾.

Wancky's arrest was not the first arrest Hviid had made in a tavern. Perhaps Hviid thought that this was a good way to show his abilities as a police officer. Just three weeks earlier he and his colleague Tweede had observed an enslaved woman « pour [rum] from a bottle into a glass », « she delivered the glass to the negro [...] who drank from it and thereafter gave the glass to another negro ». At this moment the two officers entered the shop, grabbed the glass and attempted to confiscate the bottle. They fought with the slaves, managing to catch one of them and put him under arrest ⁽²⁶⁾.

Despite, or perhaps because of, his zeal, Hviid also made unfounded accusations. In 1780, Hviid accused the enslaved man Hamlet of assault on police officer Walther. Hviid had not, however, actually seen Hamlet carrying out the assault. For Hviid it was enough that Hamlet had carried a stick and was of African descent. In this case, the chief of police did not agree with Hviid; he found that there was not enough evidence to convict Hamlet ⁽²⁷⁾. Other officers were also tempted to make false accusations against enslaved Africans and Afro-Caribbeans. Police officer Rohl, for instance,

that references to the relevant material are provided when a case is first introduced and following explicit quotations.

⁽²⁴⁾ 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1782-06-12. See also 2.1.1. VILA. Generalguvernementet, Plakatbøger, ordinance of 1766-10-18 and 1774-10-05.

⁽²⁵⁾ 2.49. VILA. Generalguvernementet, Rapporter fra Christiansteds Politikammer, entry 1781-09-05, 1781-12-06, 1782-03-26 and 1782-06-12.

⁽²⁶⁾ 38.9.04. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-03-30-(01). See also 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1782-05-23.

⁽²⁷⁾ 38.9.04. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1780-10-20.

pretended that he had observed rum being served to a « Negro ». Later it turned out that Rohl had only heard about the incident and had not in fact witnessed it ⁽²⁸⁾.

When Wancky appeared before the court he stated that:

« He entered [the tavern] in order to speak to Mdme Benters about goods she had entrusted him to send to Porto Rico, but when he met Capt. Juhl and police officer Hviid, he joined them without doing his business [...] he handed out some nuts he had in his pocket to Capt. Juhl, Hviid and Mdme Benters. Then Juhl offered him *sangevin* to drink, which he refused. Hviid said this is my son-in-law. Otherwise, nothing else happened between him and Hviid. He [Hviid] spoke continuously with Capt. Juhl about the travels he had made at sea. Hviid left shortly afterwards and the deponent immediately after. As he stepped out on the street, the deponent was arrested by the warehouse guard and brought to the fort. When the deponent [asked] why he had been arrested, he got the answer that it had happened at the request of police officer Hviid. This appeared strange to him, and also Hviid would often visit him and eat with him[...] » ⁽²⁹⁾.

When Hviid left the tavern, he went to the guards and asked them to help him arrest Wancky. According to Wancky, he and Hviid knew each other. Hviid had presented Wancky to his family (« this is my son in law ») and they often ate together. A proto-friendship was not, however, a guarantee of fair treatment, neither was handing out nuts — at least not if the officer in question was Hviid. For Wancky, the episode was « strange »; he apparently did not expect to be arrested after his meeting with Hviid.

The police was not some distant authority in the lives of enslaved Africans and Afro-Caribbeans in Christiansted. The town had approximately 4000 inhabitants, 2500 of whom were slaves. The police corps was quite small, with perhaps no more than six officers, and could not closely monitor the many slaves living in Christiansted

⁽²⁸⁾ 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1782-05-23.

⁽²⁹⁾ 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1782-06-12.

in the 1780s. Patrolling, however, followed a pattern ⁽³⁰⁾. Taverns were patrolled systematically, and therefore it cannot have come as a complete surprise to Wancky that he would risk meeting a police officer in one of them. Enslaved and freed Africans and Afro-Caribbeans who lived in town met police officers when they walked through the streets of Christiansted. On their way, police officers would remove sticks, inspect trade licenses and travelling passes, and single out known locations in order to detect social disorder. Officers 'kept an ear' out for the noises of horse-riding, arguments, drunken people, fights, fencing, gambling, and cock- and stick-fights. These noises would indicate that a legal code had been broken. Officers moved around the town in groups of two to five. They were equipped with police badges and sticks, and sometimes they would carry whips and have trained dogs with them. Once, for instance, Hviid explained that his dog was in the habit of running « after those negroes, who want to avoid arrest by taking flight » ⁽³¹⁾. Arrests were sometimes conducted in collaboration between police officers and guards from the warehouse and the fort. During arrests police officers would often hit the slaves in question with their sticks ⁽³²⁾.

In order to fulfil his duties, the chief of police had to report the day-to-day events involved in exercising his duties to his superior. As a result, each week, the chief of police send written reports to the Governor General ⁽³³⁾. These reports were ordered in chronological entries, day after day, week after week, and they gave the chief of police the possibility to describe to his superior, the Governor General, how he exercised his office. That is, he could assure the

⁽³⁰⁾ HALL, *Slave Society*, cit., p. 88.

⁽³¹⁾ 38.9.04. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1780-08-19. For an example of how many men were in a patrol see 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-09-04 and 1781-11-17. For an example of a police officer carrying a cowskin see 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1782-01-23.

⁽³²⁾ For episodes in which police officers used their stick or whips during arrest (or patrolling) see: 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-10-29, 1781-12-04, 1781-08-31 and 1782-01-23.

⁽³³⁾ 2.49. VILA. Generalguvernementet, Rapport fra Christiansteds politikammer, 1777-1787.

Governor that he was carrying out his duties with the zeal and dedication that could be expected of an appointed royal officer. Writing reports, sending them, acknowledging their receipt, filling them, responding to them, etc. was part of the legal culture among colonial officers in the Danish West Indies. It was, among other things, through these acts of representation that colonial officers could claim to represent justice, which thus became a matter of hierarchical procedure and transparency within the administration. It was assumed that the supervision practiced by the Governor General, the Danish Chancellery and ultimately by the absolutist King, and made possible by the stream of letters and reports would guarantee fairness and justice. This line, from central and higher authority to lower and localized authority was fundamental to the claim that the colonial administration made about its legitimacy.

The sketch of police work provided by the chief of police in his weekly reports was, not surprisingly, governed by routines: patrolling, arresting slaves, ordering slaves' punishment, ordering their release, conducting the interrogations of slaves in the police court, and supervising the communal works that slaves performed. According to the reports sent by the chief of police to the Governor General, covering 400 days in 1781 and 1782, he dealt with at least 123 Africans and Afro-Caribbeans. 105 of these were enslaved and most were male. He arrested and imprisoned 69 Africans and Afro-Caribbeans (6 of whom were free), he ordered slaves to be punished by the public whipping post 73 times, and he ordered the punishment of freed Africans and Afro-Caribbeans to take place in the yard of the captain of the Free Negro Company 5 times. He also conducted 44 interrogations, he « walked police » 33 times, and he supervised slaves' work on public infrastructure such as government buildings, roads, and the graveyard 51 times ⁽³⁴⁾. His officers did not leave any written reports of their performance of police work, but nevertheless it is clear that in Christiansted the police could not,

⁽³⁴⁾ See 2.49. VILA. Generalguvernementet, Rapportør fra Christiansteds politikammer, entries for 1781 and 1782. I have counted those individuals as slaves who are described by the term « negro » or « negress ». The free status of Africans and Afro-Caribbeans was, predominantly, positively acknowledged by the prefix 'fri' i.e. free.

despite the low number of officers, be disregarded by the enslaved population.

Patrolling was the main way for the police to discover and prosecute criminal behaviour, and patrolling often led to the initiation of a police court case ⁽³⁵⁾. The intrusive nature of the police and the colonial administration in the Danish West Indies is illustrated by the fact that the police, the Governor General and in a few cases the West Indian government were responsible for initiating police court cases in at least one-third of all police court cases ⁽³⁶⁾. Often this was done in order to prosecute slaves who were suspected of or had violated one of the many provisions in the local slave legislation. In Wancky's case, however, patrolling had caused a complaint about the police. Wancky's owner had complained about Hviid's unfair arrest of his slave ⁽³⁷⁾.

Despite systematic patrolling and elaborate claims to authority, fear, submissiveness and deference were not the dominant responses from Africans and Afro-Caribbeans towards colonial police officers. Enslaved Africans and Afro-Caribbeans expressed their views on colonial law enforcement in many ways. Rudeness, for once, was not an entirely uncommon part of the way Africans and Afro-Caribbeans (and Euro-Caribbeans for that matter) managed their meetings with police officers. Hviid once complained that the enslaved woman Susanna had been rude to him — a charge she denied. According to other witnesses, Susanna had used abusive language, provoking Hviid by statements such as « rascal, come if you dare,

⁽³⁵⁾ Around twenty percent of the cases in which enslaved Africans and Afro-Caribbeans appeared in the police court began because of reports from police officers or on the initiative of the chief of police. See 38.9.04, 38.9.05, 38.9.11, 38.9.12, 38.9.18, 38.9.19 and 38.9.20 VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, cases concerning slaves for the period 1780-1782, 1800-1803, 1820-1822.

⁽³⁶⁾ Of the 387 cases where Africans and Afro-Caribbeans played a major role, 189 were initiated by a complaint, 127 by reports from the police or by order from the Governor General or the West Indian government. In the remaining 71 cases the record does not state how the case was brought to the police court. See 38.9.04, 38.9.05, 38.9.11, 38.9.12, 38.9.18, 38.9.19 and 38.9.20 VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, cases concerning slaves for the period 1780-1782, 1800-1803, 1820-1822.

⁽³⁷⁾ 2.49. VILA. Generalguvernemetet, Rapporten fra Christiansteds politikammer, entry 1782-06-16.

you will surely not put me in the fort [...] » and « I will teach you [...] come and put me in the fort if you can » (38). Another way of harassing police officers was to throw stones at them (39). The meeting between police officers and enslaved Africans and Afro-Caribbeans was thus not always characterized by the feigned humility which one could perhaps expect when reflecting on the impressive oratory of rules and institutions with which the colonial state sought to give legitimacy to its display of authority, or by the fact that slaves who were caught by the police often ended up with a flogging of a minimum 50 lashes (40). Instead, Africans and Afro-Caribbeans made sure that they challenged the honour and authority of these officers, sometimes by questioning their courage, sometimes by throwing stones at them and then disappearing in the dark.

Enslaved Africans and Afro-Caribbeans also knew that police officers were part of a wider structure of domination that was played out between enslaved Africans and Afro-Caribbeans and their owners and other free people in slave society. That seems, at least, to have been the opinion of the enslaved man George. George, who had already experienced one flogging on the public whipping post, told the court that the freedman Sam Smith had stared at him provocatively and threatened him with the hangman if he was impertinent. George had answered, « If you are not punished in this life for the flogging you caused me [at the whipping pole], you will be so in another world » (41). For George, then, the police could be

(38) 38.9.04. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-04-18. For slaves who are rude towards colonial officers see also 38.9.04. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1780-08-19 and 1780-06-30.

(39) Stone throwing: see 2.49. VILA. Generalguvernementet, Rapportør fra Christiansteds politikammer, entry 1781-06-26, 1781-07-14, 1781-07-17, 1782-04-25, 1782-06-03 and 1782-09-18.

(40) 2.49. VILA. Generalguvernementet, Rapportør fra Christiansteds politikammer. Entries concerning enslaved and freed Africans and Afro-Caribbeans from 1781 and 1782. For contemporary accounts of the ceremonial surrounding the colonial administration see J. L. CARSTENS, *A General Description of all the Danish, American or West Indian Islands*, translated by A.R. Highfield, St. Croix, The Virgin Islands Humanities Council, 1981, pp. 84-102.

(41) 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-08-31.

mobilized as an instrument of oppression in the hands of Smith. Smith had already had George flogged once, and now he threatened to have him flogged again. The police, in George's understanding, became an extension of the power of the free, in this case a freed Afro-Caribbean, in slave society. Against this power George invoked the justice of God who would set things straight in another world.

For George, the nature of colonial legality was clear-cut; it was a means to inflict unjust punishment. For Wancky, it was not that clear. His arrest had « appeared strange to him ». Wancky probably also believed that his arrest had been unfair, but he chose to characterize the episode by underlining the fact that it did not fit his expectations, something was strange about it. Wancky's encounter with Hviid makes it relevant to question the extent to which police officers and slaves living in the town shared the same social spaces. Did they frequent the same taverns and gambling places, did they all take pleasure in watching cock- and stick-fights, and did they, in spite of prohibitions, attend the same dances? The scattered evidence suggests that this was sometimes the case, and that slaves who lived in the town would know the police officers with whom they had to deal as individuals rather than as mere representatives of the law. Knowing police officers, however, did not prevent patrolling, arrests and punishments from taking place. But the overlapping social spaces inhabited by enslaved Africans and Afro-Caribbeans and police officers nevertheless suggest that the encounter between them was not a clear-cut relation of domination.

2. *...grant those rights that humanity entails...*

During the 1780s the colonial administration's surveillance of the plantation regime was negligible, but it did occur. In 1771, the Governor General and the West Indian government received new instructions concerning their responsibility with regard to the relationship between masters and slaves. The instruction began by underlining that it would not be advisable to inform the « negroes about what their masters owe them in terms of food, drink, clothing and certain free hours for their worship and rest ». It also under-

lined, however, that colonial authorities were to warn and prosecute Euro-Caribbeans who maltreated their slaves (42).

Chief of Police Brown was rather proud of himself, when he reported to Governor General Schimmelmann that he had been on Libanon Hill plantation no less than four times in order to investigate the use of excessive and brutal disciplinary measures. These visits allowed Brown to assure his superior of both his humanity and his learning and to show that he did in fact take the royal ordinances coming from Copenhagen seriously. Brown attributed the brutal punishment of four enslaved men to the youth of the owner and the overseer on Libanon Hill. However, he nevertheless went on to write that «cruelty towards slaves /whom one at least has to grant those rights that humanity entails/ always [remains] an act worthy of penalty. It has been regarded as such even by the heathens. On this, Roman history gives peculiar examples, in particular emperor *Hadriani*, who for some years sent into exile a noble lady on account of her cruelty towards her female slave » (43).

For the four enslaved men in question, Jean Baptist, Takky, David, and Darius, the meeting with Brown was not framed by either references to Roman antiquity or to notions about humanity (44). Brown began his investigation by asking them about their crimes, and they explained that they had all been runaways, Jean Baptist because he had been afraid of being harshly punished when he lost one of his master's chickens. Brown went on to make sure that they had not run away because they lacked food. Then Brown called upon the overseer Johan Ravene and questioned him. Brown also spoke with the enslaved man Coffe, who was responsible for the gangs of fieldworkers, and with the owner Baron Lucas de Bretton.

(42) 3.40. VILA. Den vestindiske regering, Guvernementet på St. Croix. Instruktionsprotokol. 1723-1784. Instruktion for generalguvernøren, regeringen såvel som de secrete råd på de kongelige danske ejlande i Amerika i henseende til justitsvæsenet sammesteds, 1771-10-12, article 4.

(43) 3.81.73. VILA. Den Vestindiske Regering, Guvernementet på St. Croix. Gruppeordnede sager 2. Lokale myndigheder: Breve vedr. justits- og politivæsenet. 1782-1790, letter from chief of police Brown to Governor General Schimmelmann, 1785-07-13 and letter from doctor Gordon to Governor General Schimmelmann, 1785-07-14.

(44) *Ibidem*.

Brown even searched the sick house and the slave houses. Moreover, he questioned four Christian slaves, Michael, Jeremiah, Phoebe, and Maria Magdalena, about the fate of a slave that he suspected was dead as a result of maltreatment. In this way, Brown made it clear that his authority as chief of police was different from and superior to that of the owner and he made the slaves aware that colonial authorities were concerned with the issue of slave provisions and maltreatment.

On Brown's third visit to the plantation, neither the owner nor the overseer were present. The slaves were all alone, but they were, in the words of Brown, « unable or did not dare explain » the events that had caused their present condition. The slaves on Libanon Hill were not, it seems, easily convinced of the ability of the chief of police to protect them from abuse. The chief of police had brought a doctor with him on his visits to the plantation. All enslaved men had been flogged raw, and two had been ill with festering wounds and high, almost lethal, fevers; according to doctor Gordon, however, the flogging had not been too harsh. After their punishment the four men had been put to field work and it was their exposure to the strong sun, the flies and mosquitoes in the cane field, combined with an already weak constitution caused by their maronage that had endangered their health — not excessive flogging. The general tone of Gordon's letter — in which scientific authority merged with the interested ideology of slave owners — makes the slaves' apprehension toward the chief of police and the doctor understandable.

In the 1780s, there were no institutionalised ways of enabling the colonial authorities to discover masters' crimes, and likewise there were no institutionalised ways in which enslaved Africans and Afro-Caribbeans could inform colonial authorities of crimes committed against them. Colonial authorities relied on rumours when they interfered. In the case of Libanon Hill, Chief of Police Brown's many visits were prompted by continuous rumours. The same happened when the planter Richard Brown was accused of having tortured two of his slaves to death and when the chief of police in Frederiksted investigated the suspected maltreatment of an enslaved

boy ⁽⁴⁵⁾. The way that these rumours worked, and who put them into motion is far from clear. One suggestion, however, is that enslaved Africans and Afro-Caribbeans used rumours to inform colonial officers when slave owners went berserk and stepped outside the economy of brutality accepted by slave owners and colonial authorities.

Outside the town it was the regime of work, discipline and violence, set in motion by owners and overseers, and to some extent supported, unwillingly, by some of the slaves themselves as they took up and strived for privileged positions within the plantation complex, that secured the continuation of regularity and stability ⁽⁴⁶⁾. In the 1780s, the chief of police's routines were mainly confined to the town Christiansted. The enslaved Africans and Afro-Caribbeans who lived and worked on plantations mostly met him or his officers when overseers or owners handed them over to the colonial legal apparatus ⁽⁴⁷⁾. Those plantation slaves, no less than one percent, who joined the Sunday market in Christiansted or went to town to sell fodder would, however, be aware of the role of the police as officers routinely checked if slaves had a licence from their owners to trade ⁽⁴⁸⁾. Moreover, most

⁽⁴⁵⁾ 3.81.73. VILA. Den Vestindiske Regering, Guvernementet på St. Croix. Gruppeordnede sager 2. Lokale myndigheder: Breve vedr. justits- og politivæsenet. 1782-1790, letter from Chief of Police Lundbye (Frederiksted) to Governor General Schimmelmänn, 1785-06-10; 38.9.04. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1780-01-15; and 3.33.4. VILA. Den vestindiske regering, Guvernementet på St. Croix. Kopibrevprotokoller for skrivelser til lokaladministrationen m.fl. 1779-1781, entry 1779-01-04.

⁽⁴⁶⁾ HALL, *Slave Society*, cit., pp. 70-86.

⁽⁴⁷⁾ According to the reports to the Governor General from the chief of police, covering 1781-1782, the chief of police only went once to a plantation, namely Richmond. His visit was caused by a rumour about a « negroe man who, according to what is said, is holding *assemble* for the negroes », entry 1781-08-19, 1781-08-22 and 1781-08-23 in 2.49. VILA. Generalguvernementet, Rapporten fra Christiansteds Politikammer. For slaves fleeing to plantations see 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1800-49.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 88, table 5.1 and pp. 114-115; S.E. GREEN-PEDERSEN, *Slave Demography in the Danish West Indies and the Abolition of the Danish Slave Trade*, in *The Abolition of the Atlantic Slave Trade. Origins and Effects in Europe, Africa and the Americas*, edited by D. Eltis and J. Walvin, Madison, Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 1981, p. 248, table 13.1; and H. WEST, *Beretning om det danske Eiland St. Croix i Vestindien fra Junii Maaned 1789 til Junii Maaned 1790*, København, p. 72.

slaves were part of networks of kinship, friendship and commerce that stretched across the island of St. Croix. Plantations were not isolated units and St. Croix was a relatively small island of 212 square kilometres that was thoroughly cultivated by the end of the eighteenth century. These features facilitated links between plantations and between the plantations and the town of Christiansted. Enslaved hucksters, for instance, would travel through the countryside to sell their goods to plantations slaves, spreading knowledge and news from Christiansted. There was, in other words, a social infrastructure in place which allowed slaves on plantations to learn about colonial legality in town, and slaves in towns to acquaint themselves with the disciplinary measures employed on plantations. This infrastructure was put to use by slaves when they were at odds with colonial legality. When enslaved Africans and Afro-Caribbeans sought to hide from their owners, overseers and colonial law officers, they would find shelter among the plantation slaves. When they stole goods from shops and houses in Christiansted they would hide them on plantations, and likewise if sugar, rum, chickens or other plantations produce was stolen on plantations it was carried to the towns to be sold off there. These many encounters between enslaved Africans and Afro-Caribbeans living in Christiansted and those living on plantations enabled plantation slaves to gain knowledge of the workings of colonial legality (49).

(49) For town-plantation relations between enslaved Africans and Afro-Caribbeans see: 38.6.13. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1778-09-07; 38.6.15. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1785-01-17; 38.6.17. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1794-09-12; 38.6.18. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1794-02-03, 1794-12-03; 38.6.22. VILA. Christiansted Byfoged. Domprotokoller, date of verdict 1803-11-14; 38.9.04. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1780-03-22 and 1782-04-17; 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-07-27; 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1800-35, 1800-48, 1800-49, 1801-63, 1801-74, 1802-06, 1802-13, 1802-33, and 1802-32; 38.9.18. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1820-09, 1820-38, 1820-39, 1820-66; 38.9.19. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1821-08, 1821-48, 1821-49, 1821-53, 1822-08, and 1822-68.

For plantation-plantation relations between enslaved Africans and Afro-Caribbeans see: 38.5.19. VILA. Christiansted Byfoged, Gæsteretsprotokoller, 1781-03-08 and 1783-08-06; 38.9.04. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun

There were, moreover, generic similarities between law and law enforcement in the town Christiansted and the organisation of the enslaved labour force on plantations. Punishment on the plantation was mostly used in the context of regulating and optimising labour performance, but sometimes it was set in a context of legality, a context that emphasized rules, rules broken, and order being re-established by the punishment of the culprit. On the plantation, as in the town, flogging was the primary form of punishment. The actual punishment was often carried out by an African or Afro-Caribbean, and both chains and imprisonment, in fort or sick house, were a common method of confinement. The types of crimes (and alleged crimes) prosecuted were also to some extent similar. During the period 1780s-1820s, owners and overseers had plantation slaves whipped, arrested, chained, put in 'dungeons' or sick houses, and given special work when they had been runaways or were believed to be guilty of theft or insubordination⁽⁵⁰⁾. When police officers dealt with slaves, they would, like overseers and owners, frequently be concerned with exactly these crimes and employ similar methods of punishments⁽⁵¹⁾.

1780-06-30; 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-07-27, 1781-09-11, 1782-06-20, and 1782-10-14; 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1802-10, 1800-28, 1802-23, 1802-26, 1803-17; 38.9.18. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1820-20, 1820-36; 38.9.19. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1821-29 and 1822-61; 38.6.16. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1787-09-19; 38.6.23. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1804-10-27.

⁽⁵⁰⁾ For forms of punishment used by overseers and owners on plantations, see the following cases: 38.6.14. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1781-08-11; 38.5.19. VILA. Christiansted Byfoged, Gæsteretsprotokoller, case begun 1783-06-28; 38.6.21. VILA. Christiansted Byfoged. Domprotokoller, date if verdict 1800-01-17; 38.6.21. VILA. Christiansted Byfoged. Domprotokoller, date of verdict 1800-10-18; 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1800-28, 1800-48, 1802-13, 1802-15, 1802-18, 1802-22, 1802-27 and 1803-17; 38.6.22. VILA. Christiansted Byfoged. Domprotokoller, date of verdict 1803-11-12; 38.9.19. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1821-53 and 1822-08.

⁽⁵¹⁾ The following offences stand out in the chief of police's report to the Governor General: Gambling: 11 - Fighting: 9 - Impertinence: 9 - Theft: 9 - Horseback riding: 8 - Disorder: 6 - Maronage: 6 - Throwing stones: 6 - Sale of sugar: 5 - Throwing

Legality as it developed on plantations was in many respects similar to that of the colonial legal apparatus. Even though plantation slaves did not meet colonial officials as regularly as was the case for slaves living in the town of Christiansted, they would know many of the same rules and procedures from their experiences with masters and overseers who approached social order as a practice of legality. These Euro-Caribbeans claimed for themselves the authority to act as judges and to sentence slaves who they thought had broken rules. They spoke of innocence, suspicion, guilt, and punishment. Thus, there was no sharp demarcation line between colonial law enforcement and plantation discipline. Indeed, often one could turn into the other. In 1799, this was the case for the enslaved man Hercules on the Jerusalem plantation. Hercules' owner had ordered that he should receive a flogging of 200 lashes with the cart whip because he had confessed to theft. To avoid this Hercules jabbed a knife into his stomach. The court considered it to be a suicide attempt and sentenced Hercules to 100 lashes at the public whipping post and to transportation. Whether or not Hercules was in fact sold away from the island is unclear, but he did receive the 100 lashes ⁽⁵²⁾. In the case of Hercules, his owner and overseer had expressed themselves in a vocabulary of law (he was suspected of, had confessed to and was to be punished as a thief) ⁽⁵³⁾.

3. *...merely evil persons among his master's negroes...*

In 1781, Stephan explained to the court that

« [...] he was not the least bit guilty nor had he played any part in the accusations that are made against him in the complaint. It was

fireworks: 5 (see 2.49. VILA. Generalguvernemetet, Rapport fra Christiansteds politikammer. Entries concerning enslaved and freed Africans and Afro-Caribbeans from 1781 and 1782).

⁽⁵²⁾ 38.6.21. VILA. Christiansted Byfoged. Domprotokoller, verdict no. 1799-257, and 38.31.1 VILA. Christiansted Byfoged. Politijournaler, entry 1801-02-08.

⁽⁵³⁾ See also 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1800-28. For an earlier expression of how legality was conceived on plantations see article 7 and 15 in the instruction for the overseer of the royal plantations on St. Croix, 1744-10-28 (3.40. VILA. Den vestindiske regering, Guvernemetet på St. Croix. Instruktionsprotokol. 1723-1784).

merely evil persons among his master's negroes who had sought to convince his master of the accusations against him. The only thing he could confess was that he, at that time, from fear of his master's punishment, had escaped and stayed on the *Princessen*. Here he was caught. When the house he stayed in was surrounded, because they wished to catch him, he had taken a knife and cut first his wife, whose name was Nancy [...] in the throat. Afterwards he had cut himself in the throat with the intention of killing them both because he feared the harsh punishment they could expect to suffer from their master when they were captured [...] » ⁽⁵⁴⁾.

Just one month earlier Stephan had been 'bomba', or driver, at Peter Nugent's plantation. In this position he had been responsible for the direct supervision of the enslaved men and women working in the cane fields. Now he stood in court accused of having poisoned the rum distillery by way of 'obeah' ⁽⁵⁵⁾.

One plantation overseer explained the episode as a result of the relationship between Stephan and his master. Stephan had behaved properly and attended to his work as bomba on the plantation. Then some poultry was stolen from Nugent's house. This had prompted Nugent to confiscate the slaves' pigs and livestock in order to force them to inform on the thief. Stephan had lost a pig on that account. As the overseer understood the events, Stephan had behaved grumpily and been obstinate since the confiscation. In this overseers' testimony, the trial against Stephan was a continuation of the near-legal procedures enacted by Stephan's master in order to identify and punish a thief.

Stephan, however, stood accused of having poisoned the rum distillery because other slaves on the plantation had raised this charge. Two slaves, Primus and Johnno, had informed the overseer and Peter Nugent of what Stephan had done. Often it was difficult

⁽⁵⁴⁾ 38.5.19. VILA. Christiansted Byfoged, Gæsteretsprotokoller, case begun 1781-03-08. See also 38.6.14. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1781-04-18.

⁽⁵⁵⁾ Obeah is predominately understood as a magico-religious practice that arose in the Caribbean but had its roots in West Africa. See N.H. Götz, *Obeah - Hexerei in der Karibik - zwischen Macht und Ohnmacht*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 1995; and J.S. Handler and K.M. Bilby, *On the Early Use and Origin of the Term 'Obeah' in Barbadoes and the Anglophone Caribbean*, in « Slavery and Abolition », 22, 2, pp. 87-100.

for the court to establish evidence in cases concerning poison, but this was not a problem in the trial against Stephan⁽⁵⁶⁾. The two slaves, Primus and Johnno, willingly repeated their statements before the court and they were accompanied by yet another slave called St. Croix.

Why, even before the incidents had turned into a court case, did these slaves accuse Stephan? If Stephan had ruined the distillery, he could have done so to revenge the collective punishment they had all received from Peter Nugent. If this was the case, then Primus and Johnno would have no reason to inform on Stephan. Perhaps Stephan had abused the authority he had as *bomba*. Perhaps Primus and Johnno hoped to better their own positions by getting rid of Stephan. Stephan himself claimed that the whole thing was made up by *evil persons* who wanted to harm him, and who managed to mobilize the power of, first, their master and, secondly, of the colonial judiciary to crack down on him. If we choose to believe Stephan, the trial against him did not express justice. The accusations were false, and the prosecution was unjust. Whatever the case, Stephan's fate was not only determined by his master or by the lower court. It is likely that Primus and Johnno knew that when they informed their owner of Stephan's use of poison, their charge would have severe consequences for Stephan. In other words, they appropriated the legality, as it was performed by their master and by the colonial court, in order to resolve what seems to have been an underlying conflict among the slaves on the plantation; a conflict that was probably related to the access to or performance of positions of status and authority on the plantation. Stephan was never convicted in the lower court; he died from his wounds while imprisoned in the fort.

Stephan was not the only slave against whom slaves testified willingly. The same happened to Acra (1783) when he killed his wife Marketta and to Robin (1801) who was accused of poisoning

⁽⁵⁶⁾ See for instance 38.9.04. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller and 38.6.14. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1781-01-15. On poison in other slave societies see P.J. SCHWARZ, *Twice Condemned. Slaves and the Criminal Laws of Virginia, 1705-1865*, New Jersey, The Lawbook Exchange, Ltd. Union, 1998 and B. MOITT, *Women and Slavery in the French Antilles, 1635-1848*, Bloomington, Indiana University Press, 2001.

Candis (57). These were extreme cases, and it is not surprising that slaves were willing to testify against other slaves if they believed that these had committed murder. It is also clear that slaves did not have many other options than to use the courts of the colonial power — taking the law into their own hands could be extremely risky (58).

It is clear that some plantation slaves knew enough about the workings of colonial legality to use it for their own purposes. This did not mean, however, that slaves in all cases accepted the definitions of crime instituted by slave legislation and on plantations. The slave Cudjoe, for instance, did not accept the definition of maronage as a crime proposed in slave legislation. According to the testimony of another slave, Cudjo had stated that « he, Cudjoe, as well as the other negroes on the plantation refused and despised money that was offered to them in order to capture runaway negroes » (59). For Cudjoe, then, to run away was not a crime; it was an act that should be supported rather than avoided.

4. ... *the negro Jørgen got his 50 lashes three times...*

Perhaps the chief of police was thinking of article 10 in Governor Gardelin's slave regulations from 1733, which were well-known to him through his position as judge in the lower court. Article 10 explained that since « the negroes are obstinate, and because it sometimes helps to whip them to make them say the truth against each other, then they may be whipped when there is a

(57) For Acra see 38.6.14. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1783-08-19-(01) and for Candis see 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1801-03.

(58) There is scattered evidence of the existence of courts constituted by slaves themselves in other parts of the Caribbean. In the Danish West Indies there is no evidence of slaves establishing their own courts. See LAZARUS-BLACK, *Slaves, Masters and Magistrates*, cit., and G. HEUMAN, 'The Killing Time' *The Morant Bay Rebellion in Jamaica*, London, Macmillan Press, 1994, pp. 73-74 for a short description of alternative post-emancipation courts in Jamaica discovered in the aftermath of the Morant Bay Rebellion.

(59) VILA. 38.9.19. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1821-48.

suspicion in a case » ⁽⁶⁰⁾. This was what the chief of police intended to do with the enslaved man Jørgen. Jørgen had been in prison for four days when he got his first flogging. To the chief of police, then, slavery could sometimes look like this:

« [1st day] [...] Jørgen got 50 lashes at the post, whereafter he named Mdme Tennes's negro Martin, who had gambled with him. He was put in the fort again, as he would not name the others [...]

[2nd day] [...] the negro Jørgen got 50 lashes again and he admitted, during the flogging, that the negro Christian belonging to sir *generalkrigskommissær* de Windt and Pero, the slave belonging to free-negro Anthony, had gambled with him. He was put in the fort again since he would not bring himself to name the other two negroes whom the police officers had seen gambling with him [...]

[3rd day] [...] even though the negro Jørgen got his 50 lashes three times, he would not confess who owned the silver buttons and the 7 *realer* that were left behind [when the gamblers fled from the police officer]. Hence he was released from his arrest » ⁽⁶¹⁾.

Jørgen was running a risk when he gambled with a group of Afro-Caribbeans, but he would not have been able to predict that he would be subjected to torture in order to force him to inform on those with whom he had gambled. As a form of colonial legality, flogging was predominately used as punishment. It was rarely used by the chief of police as a procedure for bringing forth truth statements through infliction of pain. Jørgen would, however, have known what was going to happen as he was tied to the public whipping post by the hangman. Indeed, he could even have known the hangman, since there is evidence which suggest that the hangman was not a stranger to the slaves living in Christiansted ⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ Governor Gardelin's slave code is in a Dutch-Creole version in VILA. 2.1.1. Generalguvernemetet, Plakatbøger, 1733-1782. For a Danish version of the code see Generaltoldkammeret, Vestindiske-guineiske Sager, Diverse, Visdomsbog, 1700-tallet, ff. 359-363.

⁽⁶¹⁾ 2.49. VILA. Generalguvernemetet, Rapporter fra Christiansteds Politikammer, entry 1782-01-14, 1782-01-15, 1782-01-16. The only other reference to flogging as a procedure for producing confessions in the reports from the chief of police to the Governor General appeared in 1782-04-23, when a woman slave named another women slave during a flogging.

⁽⁶²⁾ 2.5.1. VILA. Generalguvernemetet, Kopibøger til lokale myndigheder og

There was no simple line of transference between ideology, as it was developed in legal codes, and everyday encounters. Hviid, as mentioned, did not only police slaves, he also ate and danced with them. Nevertheless, enslaved Africans and Afro-Caribbeans observed the floggings at the whipping post beside the fort. Only slaves were punished at the post. Whites were never flogged and freed Africans and Afro-Caribbeans received floggings in the yard of the captain of the Free Negro Company. Descendants of Africans would rarely, maybe never, witness a Euro-Caribbean receiving painful corporal punishments or being executed ⁽⁶³⁾.

In the 1780s, the chief of police ordered punishments that ranged from 50 to 150 lashes at the whipping post. Of the 73 slaves, mentioned earlier, whom he ordered flogged during 1781 and 1782, 31 slaves received 100 lashes, 18 slaves received 50 lashes, 10 were ordered to receive 150 lashes, and the remaining 14 got an unmentioned number of lashes. Men, in general, got more lashes than women. No woman got 150 lashes, although some got one hundred. When slaves were taken up by the police, their chances of escape were meagre. They would end up in the fort, be flogged or experience both imprisonment and flogging. The risk that they would, in fact, be caught by police officers was, however, also small. Of the slaves living in Christiansted less than three percent were flogged and less than two percent were imprisoned by the police during 1781 and 1782. Nevertheless, the ability of the police to have slaves

personer, entry 1778-10-23. See also VILA. 2.16.1. Generalguvernemetet, Referatprotokoller (journaler) for indkomne skrivelser fra myndigheder m.m. i Dansk Vestindien, entry 1790-10-20, 1790-10-21 and 1790-11-15 in which special measures are taken because « the justice-negro » is ill and cannot perform the punishment at the whipping post. See also 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1800-35.

⁽⁶³⁾ See G. SIMONSEN, *Skin Colour as a Tool of Regulation and Power in the Danish West Indies in the Eighteenth Century*, in « Kruispunt », 2001, pp. 191-216; and 365.239 Generaltoldkammeret — ældre del. Vestindisk-guineisk renteskriverkontor. Sager til Vestindisk (og Guineisk) journal. 1779, 501-750, case no. 726, in which lieutenant Oxholm, later to become Governor General, described how Whites were executed by black or coloured executioners in Martinique. Oxholm argued that this was better for a common sense of justice, than when prisoners were transported back to Denmark, or when white executioners arrived from Denmark in order to carry out capital punishments of the white inhabitants in the Danish West Indies.

whipped at the post made police officers a menacing presence in the lives of enslaved Africans and Afro-Caribbeans.

In 1783, the West Indian government stated that the most common way of punishing in town was with a birch whip, while the cart whip was used on plantations. A few years earlier, in another case, the Governor General had also insisted that the punishment of a certain slave should be performed as « usual » with birch rather than with the *sikkefælle*, a whip that was very similar, if not identical, to the cart whip ⁽⁶⁴⁾. The cart whip, as the name indicates, was also used to drive ox carts. It had a short handle and a twisted lash ⁽⁶⁵⁾. Twenty years later, in 1803, the lower court argued that owners, both on plantations and in the town, would have to limit their punishment to 100 blows with a cane stick. Any owner who transgressed that limit could be prosecuted irrespectively of the offence committed by the slave in question ⁽⁶⁶⁾. The records of the police court confirm that the cart whip was used on plantations predominantly ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁴⁾ 2.5.1. VILA. Generalguvernementet, Kopibøger til lokale myndigheder og personer, entry 1779-10-26. See also 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-11-20; and CARSTENS, *A General Description*, cit., p. 81, n. 123.

⁽⁶⁵⁾ 1784, 365.189-190. Generaltoldkammeret — Ældre del. Vestindisk-guineisk renteskriverkontor. Vestindiske journal. 1783-1784, case no. 16.

⁽⁶⁶⁾ 38.6.22. VILA. Christiansted Byfoged. Domprotokoller, date of verdict 1803-05-07.

HALL, *Slave Society*, cit., pp. 106-107 and p. 244, n. 89 acknowledges that the birch was used by colonial authorities. Nevertheless he emphasizes the role of the cart whip in the punishment performed on behalf of colonial authorities. This interpretation does not correspond to the evidence Hall cites, namely the comments by Governor General Walterstoff on a, never implemented, proposal for a 'Negro Law'. Walterstoff remarked that « In general all punishments on plantations are performed by the cart whip. This whip can be considered a convenient instrument of corporal punishment, when only a few lashes are given. In that case [a few lashes] it does not cause wounds, such as caused by the birch with which slaves are punished at the public whipping post ». Comment made 1788-10-08 to chapter I, article 14 and 15, see 365. Generaltoldkammeret — Ældre del. Vestindisk-Guineisk Renteskriverkontor. Anmærkninger ved forslaget til negerloven m.v. 1783-1787.

⁽⁶⁷⁾ In the police court records from the periods 1780-1782, 1800-1803, 1820-1822, the cart whip was used sixteen times against slaves. Fifteen of these occurred on plantations. See 38.9.04. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun

During the interrogation of the enslaved man George in 1781, his owner Major Coakley produced statements from two doctors to prove George's condition the last time the chief of police had him flogged. George was still ill and using medicine because of his last flogging. Coakley therefore requested that George's present arrest be considered sufficient punishment. He feared that another flogging would « kill his ill Negro » (68). George's case, however, was probably not common. The probability that colonial law enforcement would use the birch rather than the cart whip suggests that a public flogging was not followed by death or severe disability. If this had been the case, slave owners would have complained and the colonial administration would have had to compensate owners as their property decreased in value. This happened when slaves were sentenced to death or transportation (69).

For enslaved Africans and Afro-Caribbeans, there were important distinctions to be made between the many forms of punishment used by Euro-Caribbeans. The cart whip was potentially more painful and health-breaking than birch and tamarind branches; the chain was different to the sick house; two hundred lashes were more

1779-09-22, 1780-01-15, and 1780-03-22; 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-11-20; 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1802-13, 1802-22, 1803-17 and 1803-26; 38.9.19. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1822-08 and 1822-68; 38.6.16. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1786-09-20; 38.6.17. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1790-02-01; 38.6.21. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1799-11-15 and date of verdict 1800-01-17; 38.6.22. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1804-04-23; 38.6.24. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1808-07-27.

(68) 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-08-31.

(69) VILA. 2.1.1. Generalguvernementet, Plakatbøger, ordinance of 1759-12-22 and VILA. 2.1.7. Generalguvernementet, Plakatbøger, ordinance of 1787-03-27. For examples of owners being reimbursed see for instance 38.6.14. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1781-03-24 and date of verdict 1781-12-22; 38.6.21. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1800-10-18 and date of verdict 1801-07-03; 38.6.24. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1809-02-06; 38.6.25. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1811-06-27.

than fifty ⁽⁷⁰⁾. When enslaved Africans and Afro-Caribbeans had a choice, and that was far from often, they were faced with two evils. Insofar as slaves could turn to colonial law enforcement they would know what to expect at the whipping post. On the one hand, there were no instances in which brine, chilli, pepper or salt, urine or faeces were used as part of the punishment — this sometimes occurred when overseers and owners punished their slaves ⁽⁷¹⁾; on the other, enslaved Africans and Afro-Caribbeans were seldom forgiven by colonial legal officers — there were no scenes in which begging for mercy resulted in a suspended punishment ⁽⁷²⁾. There were of course colonial sentences (branding with red-hot tongs, decapitation, denigration of the corps) of extreme brutality, but Africans and Afro-Caribbeans would know that in the case of flogging they would probably avoid the cart whip if they were punished on the order of the chief of police.

Enslaved Africans and Afro-Caribbeans did not, or at least not always, understand public floggings as an expression of justice — recall for a moment the enslaved man George, who called upon justice in another world to atone the injustice he had suffered at the whipping post. The enslaved man Valentin, like George, also ques-

⁽⁷⁰⁾ HALL, *Slave Society*, cit., pp. 106-107 and p. 244, n. 89 acknowledges that the birch was also in use, but argues that « it was often the cart whip » that was used by colonial authorities. This does not correspond to the evidence Hall cites, namely the comments by Governor General Walterstoff on a, never implemented, proposal for a 'Negro Law'. Walterstoff remarked that « In general all punishments on plantations are performed by the cart whip. This whip can be considered a convenient instrument of corporal punishment, when only a few lashes are given. In that case [a few lashes] it does not cause wounds, such as caused by the birch with which slaves are punished at the public whipping pole ». Comment to chapter I, article 14 and 15, date 1788-10-08. See 365. Generaltoldkammeret — Ældre del. Vestindisk-Guineisk Renteskrivertkontor. Anmærkninger ved forslaget til negerloven m.v. 1783-1787.

⁽⁷¹⁾ For cases in which owners and overseers used these means of punishment see note 13, cases concerning mistreatment.

⁽⁷²⁾ For enslaved Africans and Afro-Caribbeans begging for mercy see: 38.6.21. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1801-02-14; 38.9.04. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1780-03-22; 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1800-28, 1800-46, 1803-26, 1802-10, 1803-29, and 1802-24; 38.9.18. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1822-66; 38.9.19. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1821-48 and 1821-53.

tioned the use of flogging. In 1781, Valentin was convicted as the ringleader of a gang of thieves that probably performed the largest robbery at the end of eighteenth century. He claimed that he needed to steal more than 1500 rix dollars, because his owner threatened to have him routinely punished at the public whipping post if he did not earn him 6 rix dollars a month. For Valentin, flogging was not a form of crime prevention or sanction, but the reason why he had begun his daring criminal career ⁽⁷³⁾. This was not an excuse that the court was prepared, or even had the ability, to understand: Valentin was hanged. Then his head was cut from his body and nailed to the gallows ⁽⁷⁴⁾. Sixty years later in 1848, during the short but successful slave rebellion on St. Croix, the public whipping post in Frederiksted, the other town in St. Croix, was uprooted and thrown into the sea. It was, in the words of the late historian Neville Hall, a « climatic catharsis » ⁽⁷⁵⁾.

5. *Escaping once, twice and...*

When enslaved Africans and Afro-Caribbeans were arrested, they were put in Christiansværn, the fort in Christiansted. The fort-as-prison was not as secure as the colonial authorities would have liked it to be. Enslaved prisoners were not altogether cut off from the surrounding town and some even managed to escape. The men who escaped, and it was only men, often had a criminal record prior to the charge that caused them to escape from prison. It seems that these few men had adopted an aggressively nihilistic strategy of personal improvement. It is notable that they did not usually attempt to persuade the chief of police to believe in a less incriminating version of the events dealt with in court; rather, they took delight in telling stories in which they listed all their crimes. They were all either executed or sentenced to transportation.

⁽⁷³⁾ 38.9.05. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case begun 1781-07-27-(03); 38.5.19. VILA. Christiansted Byfoged, Gæsteretsprotokoller, case begun 1781-12-19, and 38.6.14. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1781-12-22.

⁽⁷⁴⁾ 2.5.1. VILA. Generalguvernementet, Kopibøger til lokale myndigheder og personer, entry 1781-12-24.

⁽⁷⁵⁾ HALL, *Slave Society*, cit., p. 215.

When Chubs, belonging to the planter Charles Aitkin, was prosecuted on a combined charge of theft, robbery and being a runaway, he already had quite some experience with the disciplinary measures of the plantation as well as those of the colonial judiciary. Appearing before the lower court, he readily recounted a long series of what in the slave legislation was defined as criminal acts. He told the court that: he had been a runaway three times; he had almost robbed his master, when encouraged by the woman slave Nelly; he had broken into the house of a woman slave and stolen 5 rix dollars in cash, 5 yards of cloth, a pair of gold buttons, a pair of gold earrings and a hat; as a runaway thief, he had been chased by different slaves; finally he had been caught and chained in a plantation hospital from where he was sent from there to the fort; the first time he had been a runaway, he had robbed food from a woman slave; he had stolen sugar from his master several times for which he had received a few beatings; he had stolen cutlery from his master's town house ⁽⁷⁶⁾.

In this testimony there was enough to secure Chubs a death sentence, something that Chubs' owner, Charles Aitkin, probably hoped for when he whined that he did not know what to do with Chubs, who « had played him so many dirty tricks on the plantation » ⁽⁷⁷⁾. Chubs was indeed something of a trickster. During the trial, the maroon-hunter Titus, himself a slave, related how Chubs had managed to steal seven silk scarves from a woman slave. According to Titus, « Chubs had caught a snake which he had swung over the head of the negress, frightening her and stealing her scarves » ⁽⁷⁸⁾.

In Chubs' testimony, imprisonment in the fort is not very different from plantation discipline. Imprisonment in the plantation hospital leads to imprisonment in the fort. He is chained on the plantation, and perhaps also in the fort; he manages to break free of his chains on the plantation and he escapes from the fort by jumping

⁽⁷⁶⁾ 38.5.19. VILA. Christiansted Byfoged, Gæsteretsprotokoller, case begun 1781-02-24 and 38.6.14. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1781-03-24.

⁽⁷⁷⁾ 38.5.19. VILA. Christiansted Byfoged, Gæsteretsprotokoller, case begun 1781-02-24

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*.

the wall (an indication that he cannot have been locked up continuously in the fort). Another parallel between colonial law enforcement and plantation discipline is the role of the African or Afro-Caribbean slave-hunter — in Chubs' case performed by the enslaved hunter Titus, but often performed by members of the Free Negro Company (79).

When the lower court pronounced its verdict, Chubs had once again been brought to the court by a military guard. If things went according to the rules, Chubs was brought to the court by a military guard, accompanied by the drummer, whose duty it was to remove the chain, probably a shackle around his ankle. Only then would the court proceedings begin (80).

In Chubs' case, the court had no difficulties in reaching a verdict; Chubs had after all made his crimes absolutely clear. So clear "that anybody on a first inspection will be convinced of his wicked, base heart and his vicious persistence in practising theft, robbery and maroon-running" (81). The conclusion was obvious, on 24 March 1781 the court pronounced that Chubs was to be hanged, and five days later the Governor General confirmed Chubs' sentence (82).

From the final interrogation of Chubs, conducted on 23 March 1781, to the actual execution — probably performed a few days after the Governor General had confirmed the sentence — he was taken to the fort for custody as « one over which death sentence has been issued » (83). This could mean that Chubs was imprisoned in what was termed 'the black hole' for the last days of his life. The

(79) HALL, *Slave Society*, cit., p. 127 and 172.

(80) 3.40. VILA. Den vestindiske regering, Gubernementet på St. Croix. Instruktionsprotokol. 1723-1784, Instruktion for de kgl. fortresse, 1774-12-30, article 19. The court scribe took note if slaves appeared before the court in chains. This happened, for instance, when the enslaved man Johancky was presented to the police court with a « shackle » around his leg; see VILA 38.9.11 Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 24-1802.

(81) 38.5.19. VILA. Christiansted Byfoged, Gæsteretsprotokoller, case begun 1781-02-24.

(82) 2.1.5. VILA. Generalgubernementet, Kopibøger til lokale myndigheder og personer, Confirmation of verdict, 1781-03-27.

(83) 38.5.19. VILA. Christiansted Byfoged, Gæsteretsprotokoller, case begun 1781-02-24.

instruction for the fort, Christianværn, indicates that slaves who were either life prisoners or had received a capital sentence could be imprisoned in this hole⁽⁸⁴⁾. Not many descriptions of the black hole exist, but in the 1740s one observer described both a slave arrest and « a foul detention hole called the 'Svarte Gath' located beneath the fort, with seven steps leading down to it »⁽⁸⁵⁾. Colonial law officers did not explicitly state the purpose of the black hole; perhaps they understood it as a necessary means to differentiate between lesser and greater criminal slaves, but they might also have found that slaves sentenced to death were less prone to ridicule the ceremonial surrounding executions, if they had spent some days in the black hole before they were killed⁽⁸⁶⁾.

Another escapee, the African-born David, also showed disinterest in or inability to craft a testimony that would de-criminalize his actions. In 1802, he was caught red-handed with a gun and a bag of gunpowder. He also had a silver watch in his pocket. He had been unwilling to explain what he was doing with these items, and therefore he was brought to the fort with a written complaint from his overseer. There were no extenuating circumstances in the court testimony presented by David before the court. He had not been baptized and he knew nothing about Christianity. He had been a runaway for about six months, running away when his master decided to punish him because he was lazy. During his maronage he had stolen some buttons. Finally, he was caught by a police officer and put in the fort, where he stayed for two days before he escaped — not by jumping the wall as Chubs had done — but by eyeing his chance when he was sent under guard to fetch some water. David was sentenced to transportation⁽⁸⁷⁾.

Returning again to the 1780s, the « fort Negro » Manuel was

(84) 3.40. VILA. Den vestindiske regering, Guvernementet på St. Croix, Instruktionsprotokol, *Instruktion for de kgl. fortresse*, 1774-12-30, article 10 — see also citation in the text.

(85) CARSTEN, *A General Description*, cit., p. 38.

(86) R. HAAGENSEN, *Beskrivelse over Eylandet St. Croix i America i Vest-Indien*, København, Lillies Enke, 1758, p. 59.

(87) 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1802-10; and 2.16.2. VILA. Generalguvernementet, Referatprotokoller (journaler) for indkomne skrivelser fra myndigheder m.m. i Dansk Vestindien, entry 1802, no. 302.

charged before the lower court in 1783 ⁽⁸⁸⁾. Manuel, however, already had a criminal record. In 1799, he had been sentenced to hang, but the Governor General had mitigated his sentence. Instead of hanging, Manuel was to be flogged with 200 lashes and put to work in the Fort Christiansværn for life ⁽⁸⁹⁾, wherefrom he, however, escaped. He was caught after three months and was given 150 lashes. This did not stop him and he escaped the fort a second time. During the second escape he committed the crimes for which he stood accused in 1783 ⁽⁹⁰⁾. Manuel escaped from the fort a third time during his trial in 1783. This time he was caught by an officially ordered slave-hunt ⁽⁹¹⁾.

According to the 1783 verdict, the court was able to establish Manuel's trajectory on the basis of his own confession, as had also been the case with David and Chubs. In the lower court session, Manuel stated that he had run away because of the way he had been treated in the fort, stating that « he had been beaten by the soldiers when he was in the fort Christiansværn and had complained about it to the sergeant ». The court, however, could only see what it considered to be Manuel's criminal behaviour. He had been the leader of a group of approximately 20 runaways, had rescued a runaway woman from being caught and chained, and had killed livestock. The Governor General confirmed the lower court's barbarous verdict. Manuel was pinched with red-hot tongs on three public squares in Christiansted, and then he was hanged. Afterwards he was cut down, his head was cut off and nailed to the gallows and his corps was buried under the gallows ⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁸⁾ 38.5.19. VILA. Christiansted Byfoged, Gæsteretsprotokoller, case begun 1783-06-02-(01), and 38.6.14. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1783-08-19-(02).

⁽⁸⁹⁾ 38.6.13. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1779-05-01 and 2.5.1. VILA. Generalguvernementet, Kopibøger til lokale myndigheder og personer, entry 1779-05-04.

⁽⁹⁰⁾ 38.6.14. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1783-08-19-(02).

⁽⁹¹⁾ 3.33.6. VILA. Den Vestindiske Regering, Guvernementet på St. Croix. Kobibrevprotokoller for skrivelser til lokaladministrationen m.fl. 1783-1783, case no. 266, entry 1783-06-23.

⁽⁹²⁾ 2.5.1. VILA. Generalguvernementet, Kopibøger til lokale myndigheder og personer, date of confirmation of sentence 1783-08-26.

The fragmented biographies of Chubs, David and Manuel all show that colonial law enforcement and plantation discipline could in some instances be one of a piece. When overseers and owners found that a particular slave had become too unruly for them to handle they would turn him or her over to the colonial law-keepers. But these stories also illustrate that the fort as a penitentiary institution was unable to confine some of the most defiant and dangerous criminals ⁽⁹³⁾.

An ideal version of how prisoners should be confined and treated was spelled out in the instructions for the forts in the Danish West Indies issued by Governor General Peter Clausen in 1774. The instructions stated that:

« 7. The prisoners who are thus put in the forts should all without exception be kept under lock and key in the existing detention rooms and apartments, from 6 o' clock in the evening to 6 o' clock in the morning [...]

9. Those who are arrested for criminal or capital acts shall always be chained in iron.

10. No negro is to be put in the black hole unless the owner demands it, or if it is one who sits for life [...]

21. All prisoners, whites as well as blacks, free negroes or slaves, shall hereafter as formerly enjoy 1 *real* or 12 st. [stiver] daily for provisioning ⁽⁹⁴⁾ [...]

23. The iron chains, bilboes and split pins, which are used to hold the prisoners in secure custody are purchased and maintained in a proper condition by the officer of the garrison [...]

24. One of the male slaves in the forts belonging to his Majesty shall be the *kapmand* at each fort, or assist the hangman with the punishments, performed close to the forts, of slaves who are being

⁽⁹³⁾ See also the case of Robin who escaped the fort by jumping from the batteries, 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1800-49.

⁽⁹⁴⁾ The Danish coinage in the period consisted of *rigsdaler*, *mark*, *styver* and *skilling* translated respectively to rix-dollars, marks, stiver and skilling. In the Danish West Indian records another coin, the Spanish *real*, often appears as in this example. Normally, 1 rix-dollar equals 6 marks that in turn equal 48 stiver or 96 skilling.

whipped. In the hangman's lawful absence and prevention, the *kapmand* shall himself perform these [floggings] » (95).

If these instructions were followed, slaves were locked up day and night. Furthermore, since slaves were regarded as criminal prisoners, they would be continuously chained (96). Those who risked a life sentence or a capital punishment would, if not before then after their sentence, be locked up in the black hole. However, these instructions were more fictional than real — at least if they are judged against the fragmented biographies of Chubs, David and Manuel.

Most enslaved Africans and Afro-Caribbeans did not try to escape and they risked a very long imprisonment, particularly if they were faced with a trial in the lower court. In the 1780s, the Danish Chancellery, which supervised the administration of justice in Denmark as well as in the West Indies, became increasingly worried about the long periods that some Africans and Afro-Caribbeans were detained in the fort before they were tried. In a certain case, an enslaved man was imprisoned for more than 31 months before being tried for stealing two bottles of liquor (97). The concern of the metropolitan authorities was shared by colonial officials. For colonial authorities in particular it was economic rather than judicial reasons that provoked their concern. The costs of feeding prisoners weighed on the budget. Attempts were made to shorten the imprisonment of slaves, and by the end of 1780, Governor General Peter Clausen could write to metropolitan authorities that all « negro cases » had been dealt with (98). This situation did not last. Afro-Caribbeans and Africans continued to spend months in the forts before their trials in conditions that caused slave owners to worry

(95) 3.40. VILA. Den vestindiske regering, Guvernementet på St. Croix. Instruktionsprotokol. 1723-1784, Instruktion for de kgl. fortresse, 1774-12-30.

(96) SIMONSEN, *African and Afro-Caribbean Voices*, cit. p. 5.

(97) Generaltoldkammeret — ældre del. 365.185-186. Vestindisk-guineisk renteskriverkontor, Vestindisk journal, 1779-1780, 1779, no. 256; and VILA. 2.5.1. Generalguvernementet, Kopibøger til lokale myndigheder og personer, 1773-1790, 1779-09-07.

(98) VILA. 2.1.1. Generalguvernementet, Plakatbøger, ordinance of 1761-02-19 and of 1780-01-17; and 365.185-186. Generaltoldkammeret — ældre del. Vestindisk-guineisk renteskriverkontor. Vestindisk journal, 1779-1780, no. 147, 1780-01-18.

about the decreased value of their property ⁽⁹⁹⁾. The freed Afro-Caribbean William Weit was imprisoned for « approximately 8 months without being aware of having committed any offence » ⁽¹⁰⁰⁾. In another case during the 1780s, the enslaved woman Nanny ended up spending 8 months in Christiansværn before her case was finally resolved in the lower court ⁽¹⁰¹⁾.

Although some enslaved Africans and Afro-Caribbeans experienced long imprisonments in the fort, escapes were, as seen above, possible. Their occurrence forces us to reconsider the reality behind the vision of surveillance present in the instructions for the forts. We can no longer be sure that slaves who were imprisoned were always locked up. Instead, we probably have to imagine that enslaved prisoners would meet not only white soldiers, but also other enslaved prisoners and the slaves (owned by the King) who worked in the fort. Moreover, enslaved prisoners would meet those slaves who entered the fort sometimes to speak with Euro-Caribbean prisoners, and sometimes to talk to enslaved prisoners ⁽¹⁰²⁾. Cautious encounters and exchanges of information probably took place between prisoners, the King's slaves and slaves from the outside ⁽¹⁰³⁾.

Slaves imprisoned in Fort Christiansværn would fetch water and perhaps clean, cook, wash, and fetch wood. According to Lieutenant Oxholm, who became Governor General in 1814-1815, enslaved prisoners were not, however, used to work on public infrastructure,

⁽⁹⁹⁾ VILA. 2.16.1. Generalguvernementet, Referatprotokoller (journaler) for indkomne skrivelser fra myndigheder m.m. i Dansk Vestindien, entry 18-11-1790 and 03-05-1791; VILA. 2.16.2. Generalguvernementet, Referatprotokoller (journaler) for indkomne skrivelser fra myndigheder m.m. i Dansk Vestindien, entry 1803, no. 207; and VILA. 2.5.1. Generalguvernementet, Kopibøger til lokale myndigheder og personer, 1773-1790, 1780-11-11.

⁽¹⁰⁰⁾ VILA. 38.9.11. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 33-1802.

⁽¹⁰¹⁾ 2.5.1. VILA. Generalguvernementet, Kopibøger til lokale myndigheder og personer, letter from Governor General P. Clausen to attorney Balling, 1780-11-11 and 38.6.14. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1781-01-15.

⁽¹⁰²⁾ 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1800-26 and 1800-1800-46.

⁽¹⁰³⁾ For an interesting discussion of how slaves went about sharing information and making social ties in a situation, namely the antebellum slave trade, which was somewhat similar to imprisonment see Johnson, 1999, p. 63-77.

instead the colonial administration rented gangs of slaves to carry out such work ⁽¹⁰⁴⁾. During their imprisonment, enslaved prisoners received the same money allowances to cater for their provisions as free people — at least if the instructions from the forts were followed ⁽¹⁰⁵⁾. In 1802, the enslaved man Jack was pardoned from a death sentence and put to work in the fort for life. He received, at least for some time, the same kind of allowances as the King's slaves ⁽¹⁰⁶⁾. Whether or not he was also treated like these slaves in other ways cannot be established, but the fact that he enjoyed these allowances suggests that there was not always a clear demarcation line between enslaved prisoners and other enslaved Africans and Afro-Caribbeans serving in the fort ⁽¹⁰⁷⁾. Most slaves, however, did not stay there for long. The slaves imprisoned by the chief of police in the 1780s only stayed a night or two before they were released and, therefore, they did not experience the work regime in the fort for very long ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ In 1779 Oxholm went on a pan-Caribbean travel. He visited Dutch, English and French colonies. In his letters to the metropolitan government he made a comparison between the prisons in Martinique and those in the Danish West Indies. He began by describing how convicted slaves in Martinique would be chained in pairs and put to do hard public work. In contrast, slaves in the Danish West Indian prisons did nothing but enjoy their food and being lazy. So far Danish West Indian authorities had relied on renting regular slaves to carry out public works. Oxholm suggested that the Martinique system was adopted; see 365.239 *Generaltoldkammeret — ældre del. Vestindisk-guineisk renteskriverkontor. Sager til Vestindisk (og Guineisk) journal. 1779, 501-750, case no. 726.*

⁽¹⁰⁵⁾ 3.40. *VILA. Den vestindiske regering, Guvernementet på St. Croix. Instruktionsprotokol. 1723-1784, Instruktion for de kgl. fortresser, 1774-12-30, article 20.*

⁽¹⁰⁶⁾ 38.6.22. *VILA. Christiansted Byfoged. Domprotokoller, case no. 1802-267; and RR. 120.1. Ekstrakter, antegnelser og kvittencer for Christiansteds fæstningsregnskaber, 1781-1804, see the auditing comments from the Chamber of Customs to "Accounts for the Fortress for 1802" (in which Jack is mentioned).*

⁽¹⁰⁷⁾ In the 1780s adult slaves, i.e. above sixteen, owned by the King and employed at the weigh-house, in administrative offices, the fort, the hospital, the warehouse and the custom house received 4½ pounds of hard, probably rye, bread a week, and 6 stiver a day. A Danish "pund" = 500,45 g and an English pound = 453,6 g. (See RR. 120.1. Ekstrakter, antegnelser og kvittencer for Christiansteds fæstningsregnskaber, 1781-1804).

⁽¹⁰⁸⁾ 2.49. *VILA. Generalguvernementet, Rapporter fra Christiansteds politikammer, entries for 1781 and 1782.*

6. *The characteristics of colonial legality as it appeared to enslaved Africans and Afro-Caribbeans.*

What do these five encounters between colonial officials and enslaved Africans and Afro-Caribbeans tell us about the characteristics of colonial legality that slaves had to grapple with and that formed the basis of their knowledge of law and legislation before they entered the courtrooms of the Danish West Indies?

In the 1780s, enslaved Africans and Afro-Caribbeans from Christiansted had a substantial knowledge of the police, both on a personal and on an institutional level. Enslaved Africans and Afro-Caribbean were likely to know which activities carried risks and punishment with them and they would have been able to avoid some of them. They also knew that colonial legality would overwhelmingly, but not always, be to their disadvantage. They would be familiar with the kind of punishments they could expect at the public whipping post, and they would also know that colonial legality could manifest itself in spectacular and brutal executions. Some would have knowledge of the conditions of imprisonment in Christiansværn, either because they knew of escapees, had themselves been arrested for short periods or had been in the fort on business or to talk to enslaved prisoners. Those slaves living in the town had a more intimate knowledge of the colonial officers employed in law enforcement than the slaves living on plantations.

In principle, colonial law enforcement was concerned with maintaining a social order that was narrowly defined by the common interests of the white slave owners, and to a large extent this was what the chief of police and police officers did. For the majority of slaves, who met this side of the colonial state, the encounter entailed harsh punishments on the public whipping post. For some slaves, it meant a death sentence that would sometimes be followed by a ritual of denigration of the corps.

The fact that police officers were figures that slaves could connect to the execution of punishment did not, however, define their relationship altogether. In the 1780s, as has been suggested, enslaved and freed Africans and Afro-Caribbeans did not approach police officers with respect and deference, rather the opposite. The slaves' way of approaching police officers, which would make sense

from a perspective of opposition to slavery, becomes more blurred when one considers the indications of the overlapping — not identical — communal spaces inhabited by some police officers and enslaved Africans and Afro-Caribbeans; an indication that the social boundaries established by the practice of policing were not watertight. Police officers were part of the group of low status Euro-Caribbeans. Sometimes they were recruited among soldiers stationed in Christiansted, who had often been ex-prisoners before they became soldiers ⁽¹⁰⁹⁾. These officers were close to, if not part of, the group of « good-for-nothing whites and freedmen » ⁽¹¹⁰⁾, and sometimes they joined slaves in drinking and gambling. The overlapping social spaces inhabited by slaves and lower-ranking colonial officials did not, however, constitute a « moral economy » ⁽¹¹¹⁾, joining slaves and police officers in shared notions of justice and fairness. Instead, the personal element of the encounter probably contributed to the unpredictability of colonial law enforcement that enslaved Africans and Afro-Caribbeans had to take account of while also giving slaves some possibility of negotiating their way out of arrests.

The many links between enslaved Africans and Afro-Caribbeans living in Christiansted and those living and working on plantations combined with the institutional similarities between colonial law enforcement and plantation discipline, provided plantation slaves with a good introduction — so to speak — to colonial law and legality. Although enslaved Africans and Afro-Caribbeans on plantations did not put much faith in the ability of colonial officers to secure their interests, they were presented with the rather weak and often superficial attempts by the colonial administration to interfere in the plantation regime. This offered them insights into the concerns of the colonial state and thereby they gained restricted possibilities for using colonial legalities for their own purposes. At the same time, however, they also harboured alternative versions of

⁽¹⁰⁹⁾ See 3.81.73. VILA. Den Vestindiske Regering, Gubernementet på St. Croix. Gruppeordnede sager 2. Lokale myndigheder: Breve vedr. justits- og politivæsenet. 1782-1790, entry 1785-08-95, and HALL, *Slave Society*, cit., p. 24.

⁽¹¹⁰⁾ HALL, *Slave Society*, cit., p. 97.

⁽¹¹¹⁾ E.P. THOMPSON, *The Moral Economy of the English Crowd in the Eighteenth Century*, in « Past and Present », 50, 1971, pp. 71-136.

crime and justice. These were defined in direct opposition to colonial slave legislation and for that very reason they testify to the knowledge that enslaved Africans and Afro-Caribbeans had of colonial legality.

The five encounters presented also suggest that there were times when the accusations made by police officers were not followed up and that there were rare instances in which the chief of police investigated cases of maltreatment. In so far as slaves knew this, they could enter the courtroom and frame their testimonies in order to press the colonial judiciary to listen to their side of the case. These small openings allowed enslaved Africans and Afro-Caribbeans to consider how they could use colonial legality for their own benefit (as shown in the trial against the enslaved man Stephan). Enslaved Africans and Afro-Caribbeans sometimes relied on colonial legality when murders had been committed in the slave community and at the beginning of the nineteenth century they began to bring complaints against owners and overseers to the chief of police ⁽¹¹²⁾. Slaves thus began to exploit and twist colonial legality and to make it serve their interests; however, as they imposed themselves on and slightly changed colonial legality, they also became part of the way it was performed. This interplay paved the way for a relationship between colonial legality and slaves that was not only one of opposition, but also one of increasing integration of enslaved Africans and Afro-Caribbeans into the forms of legality exercised in Danish West Indian courts.

When colonial officials and metropolitan authorities described colonial legality, they would often point to strict and well-ordered structures of colonial domination. For enslaved Africans and Afro-Caribbeans, these structures could become painful, sometimes

⁽¹¹²⁾ Cases explicitly initiated by complaints from slave/s, see 38.6.18. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1794-12-03; 38.6.21. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1799-11-15; 38.6.23. VILA. Christiansted Byfoged, Domprotokoller, date of verdict 1806-02-04; 38.9.11. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1802-06, 1803-17 and 1803-26; 38.9.18. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1820-15; 38.9.19. VILA. Christiansted Byfoged, Politiretsprotokoller, case no. 1822-67 and 1822-68. See also K.F. OLWIG, *Ret og lov, magt og afmagt, et eksempel fra Dansk Vestindien*, in « Historie », 17, 1988, 3, pp. 387-400.

deadly, experiences, but they were never as complete and wholesome as presented by the representatives of the colonial state. From the point of view of enslaved Africans and Afro-Caribbeans, the most important characteristic of colonial legality was, probably, its strong element of unpredictability. In the encounter with police officers and masters-as-judges, enslaved Africans and Afro-Caribbeans could sometimes use this element because it allowed them a space of manoeuvre, but they also faced the difficult, sometimes impossible task, of striving to disentangle it.

RICARDO MARCELO FONSECA

DAL DIRITTO COLONIALE ALLA CODIFICAZIONE:
APPUNTI SULLA CULTURA GIURIDICA BRASILIANA TRA
SETTECENTO E NOVECENTO (*)

1. Introduzione. — 2. La tradizione giuridica portoghese e il Brasile coloniale. — 3. Il Brasile indipendente e la formazione del diritto nazionale. — 4. Cultura giuridica brasiliana e codificazione. — 5. Per concludere.

1. *Introduzione.*

Tullio Ascarelli, eminente giurista italiano del secolo XX che durante l'epoca del fascismo trovò accoglienza e protezione in Brasile per quasi dieci anni, avendo vissuto appieno, in questa sua permanenza, la vita culturale e universitaria brasiliana, fu in grado di cogliere, con grande sensibilità storica e profondità intellettuale, che il tratto più tipico del diritto privato brasiliano risiedeva nella vigenza ininterrotta, fino alla codificazione del 1916, del vecchio diritto comune, integrato sul piano legislativo dalle *Ordenações Filipinas* del 1613. Per l'insigne giurista italiano, quindi, la caratteristica più importante e singolare della legislazione brasiliana era quella di aver mantenuto, fino alla seconda decade del secolo XX, un diritto di marca prettamente medievale ⁽¹⁾.

Infatti, l'esperienza giuridica brasiliana, se comparata a quella

(*) Ringrazio il dottorando Alberto Spinosa, della Università degli Studi di Firenze, per i proficui dialoghi sul contenuto di questo testo, oltre che per l'aiuto nella traduzione in lingua italiana.

(1) T. ASCARELLI, *Osservazioni di diritto comparato privato brasiliano*, in Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 81-83. Su queste osservazioni di Ascarelli, vedi P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 330.

delle altre nazioni dell'America Latina, contiene una serie di peculiarità: a differenza della maggior parte dei suoi vicini non conobbe un codice civile per tutto il XIX secolo; al contrario di molti paesi dell'America spagnola, il Brasile non subì l'invasione delle ideologie della codificazione, e conseguentemente di rottura con la realtà giuridica esistente nel tempo anteriore alla indipendenza (avvenuta nel 1822).

Queste tipicità, tuttavia, non permettono, a nostro parere, di giungere alla conclusione che agli inizi del ventesimo secolo il diritto brasiliano era in tutto e per tutto identico a quello dei secoli XVII e XVIII, al tempo in cui il Portogallo, la grande potenza coloniale, introdusse nella sua appendice americana, insieme alla sua voglia di esplorazione e di conquista, tutto l'apparato giuridico vigente — a quel tempo consistente nelle già citate *Ordenações* di Filippo II. Esistono alcuni fattori di discontinuità che, sommati alle peculiarità della storia del diritto brasiliana, determinano uno sviluppo della cultura giuridica molto particolare.

Cercando di dialogare con questa immagine del diritto brasiliano tracciata da Ascarelli, quest'articolo intende, pertanto, delineare alcuni tratti della cultura giuridica brasiliana ⁽²⁾ in un periodo in cui le nazioni europee e latino americane si trovavano ad essere il teatro di una rivoluzione non solo politica, ma anche giuridica, che realizzava una nuova relazione tra diritto, politica e cultura giuridica, e della quale la redazione del *Code Civil* napoleonico del 1804 è il simbolo più evidente. A tal fine, faremo una breve ricognizione del periodo coloniale (e in modo particolare a partire dalla metà del secolo XVIII) — quando parlare di diritto brasiliano equivale a parlare di diritto portoghese —, così come di alcune vicende di

(2) Bisogna sottolineare che quando si parla di 'cultura giuridica brasiliana' nel periodo che qui si tratta si vuole far riferimento alla cultura giuridica di diritto privato — che era praticamente l'unica praticata e coltivata in conformità alla tradizione romanista (di diritto comune) che fu recepita dalle *Ordenações* del Regno. Come ci ricorda Clóvis do Couto e Silva, la recezione degli istituti e principi del cosiddetto 'diritto pubblico' da parte della Costituzione dell'Impero brasiliano del 1824 (come separazione dei poteri, controllo costituzionale delle leggi, etc.) ci fu a partire tecniche ermeneutiche del diritto privato. (Cf. COUTO E SILVA, *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, in V.M.J. de FRADERA, *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 20).

questa nascente cultura giuridica durante il secolo decimonono, in modo da tentare di chiarire le ragioni per le quali il Brasile ebbe una traiettoria tanto peculiare e, in questo cammino, disvelare i rapporti della cultura giuridica brasiliana con l'idea di codificazione.

2. *La tradizione giuridica portoghese e il Brasile coloniale.*

Le *Ordenações Filipinas* furono promulgate nel 1603, per mano del re Filippo II di Spagna, all'epoca della unificazione iberica. Divise in 5 libri sul modello delle ordinanze anteriori (di D. Alfonso V e D. Manuel), le *Filippine* dedicavano il libro 4° specificamente al diritto privato. Dopo la fine della dominazione spagnola, il Portogallo confermava la loro vigenza con una legge del gennaio del 1643. Secondo Braga da Cruz, si mostravano antiquate già quando videro la luce all'inizio del secolo XVII, dal momento che avevano cercato di confermare la tradizione giuridica dei compilatori, finendo così per essere un semplice aggiornamento delle *ordenações Manuelinas*, a loro volta mero aggiornamento delle *Ordenações Afonsinas* ⁽³⁾.

In ogni caso, una delle caratteristiche che segnano il processo di applicazione delle *Ordenações Filipinas*, via via che si accendono i Lumi del secolo XVIII e trovano affermazione le esigenze della borghesia durante il secolo XIX, è senza dubbio la loro incompletezza di fronte alle nuove e sempre più complesse situazioni giuridiche. Le stesse ordinanze regie, tuttavia, fissavano in modo abbastanza chiaro i criteri per colmare le eventuali lacune: in via generale doveva essere usato il diritto romano, mentre le controversie in materia di peccato avrebbero dovuto essere risolte preferibilmente in forza del diritto canonico (ex. libro II, titolo 1, paragrafo 6°, 13 e titolo 5, paragrafo 4°, bem como livro III, título 24, caput e titolo 58, paragrafo 9°). Inoltre facevano esplicito riferimento anche all'uso della *Glossa* di Accursio e delle *Opinioni* di Bartolo, purché non fossero contrarie alla *communis opinio doctorum*. Come si può notare, tali ordinanze erano sostanzialmente parti del diritto comune europeo, che pertanto era formalmente in vigore in Brasile fin dal principio della sua colonizzazione.

⁽³⁾ G. BRAGA DA CRUZ, *Obras esparsas: estudos de história do direito moderno*, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, vol. II, pp. 28-29.

È evidente, tuttavia, che queste *Ordenações Filipinas* non avrebbero goduto di una grande longevità, come ha sottolineato Ascarelli, se nuovi e decisivi avvenimenti non avessero costretto la cultura giuridica portoghese (che, a questo punto, costituiva un tutt'uno col diritto brasiliano) e, dopo l'indipendenza, anche la cultura brasiliana, a rendere l'applicazione di questa antica legislazione più permeabile ai bisogni dei tempi nuovi. Il primo di questi prende il nome di *Lei da Boa Razão*, redatta da Marquês de Pombal, che fu uno dei rappresentanti dell'assolutismo illuminato portoghese.

Infatti, la legge del 18 di agosto del 1769 — cosiddetta *Lei da Boa Razão* —, fortemente ancorata all'ambiente culturale illuministico e giusnaturalistico, cercava fundamentalmente di imporre nuovi criteri di interpretazione della legge e di integrazione delle lacune (4). Il suo obiettivo primario è precisamente quello di reprimere l'abuso, fino ad allora diffuso, di ricorrere al diritto romano o ai testi della dottrina in disprezzo delle norme espresse del diritto nazionale portoghese. In tal modo, veniva vietato l'uso, nelle decisioni del giudice, dei testi romani o la possibilità di invocare l'autorità di qualche autore quando vi fossero disposizioni contrarie nelle *Ordenações*, nelle consuetudini del regno o nelle leggi patrie. Si poteva ricorrere ai testi romani solo in caso di lacune. Occorre insistere su un punto: cioè che, anche così, il diritto romano, in qualità di 'diritto sussidiario', non poteva essere utilizzato come tale, ma solo per il tramite della *recta ratio* dei giusnaturalisti, la *boa razão*. Stando alla lettera della legge, questa 'buona ragione' avrebbe dovuto essere rintracciata nelle « verità essenziali, intrinseche ed inalterabili, che l'etica degli stessi romani aveva stabilito, e che il diritto umano e divino hanno formalizzato, per essere usate da regole morali per il cristianesimo », o altrimenti poteva ricavarsi da « altre regole che, per unanime consenso, ha stabilito il diritto delle genti, per dirigere e governare tutte le nazioni civilizzate », o, infine, sulla base di ciò « che si prevede nelle leggi politiche, economiche, commerciali e marittime, che le nazioni cristiane hanno promul-

(4) Ivi, p. 37. Vedi anche J.C. MOREIRA ALVES, *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova, Cedam, s/d, p. 18 e O. GOMES, *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, Salvador, Universidade da Bahia, 1958, pp. 9-12.

gato ». Bisogna anche segnalare che la *Lei da Boa Razão* sanciva la fine dell'applicazione in via sussidiaria del diritto canonico nelle cause civili (modificando al riguardo le *Ordenações*) e, in ultimo, bandiva l'applicazione della *Glossa* di Accursio e dei *commentari* di Bartolo (che, come abbiamo visto, in base alle ordinanze filippine costituivano vere e proprie fonti sussidiarie) (5).

Per garantire il rispetto di questa normativa altamente innovatrice sulla applicazione del diritto stabilita dalla *Lei da Boa Razão*, furono pubblicati nel 1772, ancora su ispirazione di Pombal, i nuovi statuti universitari. La riforma dell'insegnamento si adeguava perfettamente all'indirizzo della recente legislazione: introducendo come obbligatorio l'insegnamento delle idee giusnaturaliste e dell'*usus modernus pandectarum* (6), favoriva il farsi strada di una nuova mentalità nelle nuove generazioni di giuristi, opportunamente predisposti alla comprensione del nuovo spirito che permeava la legislazione portoghese, per ciò che concerneva il metodo di interpretazione e di integrazione delle lacune (7). L'insieme di questi fattori, infine, sortì come effetto, più o meno diretto, la formulazione di '*assentos doutrinai*' da parte dei supremi tribunali del Portogallo — che i giudici inferiori erano tenuti ad osservare —, i quali si caratterizzavano per la grande preoccupazione di formulare principi generali in materia di interpretazione ed applicazione della legge vigente, facendo in modo che l'incidenza dell'*usus modernus* e, pertanto, l'applicazione della *Lei da Boa Razão*, giovasse di una ampia penetrazione di stampo innovatore nella cultura giuridica portoghese (e, pertanto, brasiliana).

In questo modo, se da una parte è vero che le *Ordinanze*

(5) BRAGA DA CRUZ, *Obras esparsas*, cit., pp. 37-39.

(6) L'*Usus modernus pandectarum* costituisce un movimento culturale sviluppatosi prevalentemente nella Germania del XVII secolo che, mettendo in dubbio la vigenza generale e preferenziale del diritto romano, propose l'idea di 'recezione pratica' dell'eredità giustinianea, secondo la quale il diritto romano avrebbe dovuto essere reso compatibile con i nuovi diritti del regno, cfr. A.M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1997, pp. 140-41, e altresì F. WIEACKER, *História do direito privado moderno*, Trad. Antonio M. Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 225 ss. e ancora A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 464-466.

(7) BRAGA DA CRUZ, *Obras esparsas*, cit., pp. 40-41.

rimasero vigenti in Brasile lungo tutto il secolo XIX, dall'altra non è meno vero che la loro applicazione, già verso la fine del Settecento, non può essere considerata immune dall'influenza del giusnaturalismo razionalista, che la plasmò e dipinse sulle tonalità illuministe.

Queste rappresentano le uniche forme di allontanamento della legislazione brasiliana dal modello originariamente seguito dalle *Ordenações Filipinas*: le vicende della cultura giuridica brasiliana a partire dalla sua indipendenza nel sec. XIX forniranno a questo già complesso quadro altri colori ancora, e allo stesso tempo lasceranno intendere perché i rapporti con 'l'onda codificatoria', allora tanto in voga in Europa e nel resto dell'America Latina, assumesse qui un aspetto tanto peculiare.

3. *Il Brasile indipendente e la formazione del diritto nazionale.*

Subito dopo l'indipendenza del Brasile, avvenuta nel 1822, il nuovo governo, instauratosi sulla base di un accordo tra le *elites* brasiliane, la corona portoghese e l'Inghilterra⁽⁸⁾, con legge promulgata il 20 di ottobre del 1823 stabiliva che rimanessero in vigore le *Ordenações*, le leggi, i regolamenti, le concessioni, i decreti e le risoluzioni emanate dai re del Portogallo fino al 25 di aprile del 1821, finché non fosse promulgato un nuovo codice o le leggi non fossero specificamente modificate. Già la Costituzione dell'Impero, promulgata nel 1824, aveva previsto, *ex art.* 179, n. XVIII la « necessità di darsi quanto prima, un codice civile e criminale, fondato su solide basi di Giustizia ed Equità ».

Il fatto è che questa disposizione della Costituzione fu osservata solo parzialmente: il codice penale fu promulgato nel 1830, quello commerciale nel 1850. Per il codice civile si sarebbe dovuto aspettare fino al 1916, ormai in pieno secolo XX e in piena Repubblica (il regime imperiale finì nel 1889), come a dire che la volontà della legge del 1823 (ossia la vigenza provvisoria delle ordinanze e della legislazione portoghese) finì per essere portata a compimento solo nel 1916, per lo meno in riferimento alla legislazione civile nella sua globalità.

(8) J.M. de CARVALHO, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2002, p. 26.

Questi dati dimostrano chiaramente l'esistenza di un elemento di continuità rispetto alla tradizione giuridica portoghese ereditata dal periodo coloniale e, di conseguenza, un rapporto di continuità con le *Ordenações Filipinas*. Tale continuità, tuttavia, deve essere accolta con riserva in considerazione dell'avvento della *Lei da Boa Razão*, del 1769, che, come abbiamo visto, poiché introduceva criteri di interpretazione e integrazione della legge tipicamente giusnaturalisti, finì per attualizzare la vecchia legislazione portoghese.

Già a partire dal 1822, il Brasile indipendente andrà sempre più rompendo — con moto lento, graduale, ma insistente — i legami con la vecchia legislazione portoghese rappresentata soprattutto dalle ordinanze, sia tramite la propria attività legislativa promulgata durante tutto il periodo imperiale, sia attraverso le scelte che saranno intraprese, in questo stesso periodo, dalla nascente cultura giuridica brasiliana.

Per adesso, atteniamoci alle vicende della legislazione brasiliana imperiale, quale ad esempio l'importantissimo tentativo di Teixeira de Freitas di redigere un codice civile brasiliano che, sebbene fallito, ebbe riflessi profondi nel campo legislativo nazionale.

Naturalmente, contemporaneamente all'instaurazione di una monarchia costituzionale (che conservava, tuttavia, tratti prettamente autoritari) l'appena nato Stato brasiliano intraprendeva una attività legislativa frenetica, nel tentativo di disciplinare, per la prima volta mediante una normativa autoctona, molti rapporti privati. A questo punto, però, la tradizione giuridica portoghese e brasiliana si separano: infatti, mentre l'antica potenza coloniale, a partire dal 1822, subirà la forte influenza del pensiero liberale, con la conseguente soggezione ai principi e alle premesse culturali del *Code Civil* napoleonico del 1804 (che culminerà nella promulgazione del codice civile del 1867, di chiara ispirazione francese), la vecchia colonia continuerà ad applicare l'antica legislazione coloniale senza grandi rotture, adattando gradualmente gli istituti del diritto tradizionale brasiliano, alla nuova cultura giuridica in formazione, e soprattutto agli interessi economici delle *elites* agrarie. Basti ricordare che, malgrado il segno liberale della Costituzione del 1824, la schiavitù africana, impiantata nella colonia dai portoghesi, durerà in Brasile fino al 1888 (cioè: fino ad un anno prima della fine dell'impero), dimostrando in modo abbastanza eloquente, in questa odiosa forma

di riduzione di una persona in una cosa, la persistenza di strutture arcaiche nelle stesse istituzioni politiche e giuridiche, che si armonizzavano tra loro, ad ogni passo della trasformazione istituzionale brasiliana, in una paradossale forma di adattamento dei principi liberali importati principalmente dalla Francia e dagli Stati Uniti con gli interessi confliggenti delle *elites*. La coesistenza di una Monarchia costituzionale con la schiavitù, oppure della schiavitù con un insieme di libertà individuali copiate dalla costituzione Francese del 1791, dimostrano come l'incidenza di tali principi in Brasile sia caratterizzata, fin dalle origini dell'Impero, per una conveniente 'flessibilità', per una 'adattabilità' opportunistica.

Accanto alla produzione legislativa brasiliana, che disciplinava un numero sempre più crescente di importanti istituti di diritto privato, la cultura giuridica andava assumendo contorni vieppiù marcati e peculiari, distanziandosi progressivamente dalla pesante eredità portoghese. Un esempio evidente, e allo stesso tempo sintomatico, concerne la disciplina della proprietà. Non si può assolutamente affermare che le *Ordenações Filipinas* fossero vigenti in materia durante il secolo XIX e tantomeno che sia stato il codice civile del 1916 a fornire una veste giuridica completamente nuova. Furono altri i provvedimenti legislativi che sotto l'Impero hanno donato all'istituto della proprietà in Brasile un carattere liberale e 'moderno', come, ad esempio, la riforma ipotecaria del 1864 ⁽⁹⁾, e soprattutto, la *Lei de Terras* del 1850 la quale, nell'intento di trasformare la proprietà rurale in una vera e propria merce sottoposta alla libera circolazione, ha fortemente cercato di promuovere una fino ad allora inesistente distinzione tra proprietà pubbliche e fondi rustici privati ⁽¹⁰⁾. In questo modo, come si può notare, gli interventi legislativi hanno progressivamente determinato una seconda forma di 'aggiornamento' legislativo (oltre a quello rappresentato dalla *Lei da Boa Razão*) che provocò una profonda frattura tra la tradizione giuridica brasiliana e quella del diritto comune.

Questi interventi legislativi imperiali giunsero ad un punto tale

⁽⁹⁾ R. DI BENEDETTO, *Formação histórica do instituto jurídica da propriedade no Brasil do século XIX*, Curitiba (dissertação de mestrado — UFPR, 2002).

⁽¹⁰⁾ R.M. FONSECA, *A 'Lei de Terras' e o advento da propriedade moderna no Brasil*, in « Anuario mexicano de Historia del Derecho », XVII, 2005, pp. 97-112.

che, quando negli anni '50 del secolo XIX si decise finalmente di intraprendere un processo di codificazione in Brasile, il giurista Augusto Teixeira de Freitas — cui fu conferito l'incarico dal governo imperiale di compiere la redazione — per prima cosa decise di realizzare una 'Consolidazione delle leggi civili', talmente intricato era il labirinto legislativo allora esistente. Inoltre, come lo stesso Teixeira de Freitas ha sottolineato nella lunga introduzione fatta alla sua *Consolidação*, le povere disposizioni delle ordinanze, hanno continuato a far ricorso alle norme del diritto romano, alla Glossa di Accursio, ai commentari di Bartolo, financo alle stesse disposizioni del diritto canonico, nonostante l'espreso divieto sancito dalla *Lei da Boa Razão* del 1769. Come se non bastasse, fu proprio la *Lei da Boa Razão*, secondo Teixeira de Freitas, a « lasciare ampio margine all'arbitrio » dei giudici, permettendo loro di attingere, « nello svolgimento della loro attività, a materiali normativi inusitati, oltre gli stessi confini dei casi non previsti ». Affermava, infine, constatando l'insufficienza delle *Ordenações Filipinas* come fonte esclusiva di diritto, che « le cose si sono spinte a un punto tale, che il nostro Diritto si conosce e si studia più per la prassi giurisprudenziale che l'ha invaso, che per le leggi di cui è costituito » (11).

Ai lavori preparatori alla Consolidazione seguì la stesura dell'*Esboço do código civil*, per la quale l'impero brasiliano contrattò, nel 1859, di nuovo Teixeira de Freitas, a quale tempo considerato il più grande giurista brasiliano; il lavoro vide la sua prima pubblicazione nel 1860, e in parti successive fino al 1865. Indole perfezionista, si arrestò al Libro III, *Della parte speciale* (di un progetto che prevedeva quattro parti). Dopo estenuanti dibattiti parlamentari e divergenze all'interno della Commissione intuita presso il Ministero di Giustizia, il nuovo Ministro di Giustizia, Duarte de Azevedo, proseguendo nella pratica ostruzionistica iniziata dal suo predecessore, José de Alencar (famoso anche come romanziere), finisce per risolvere il contratto col giurista nel 1872, con la conseguenza che il progetto di Teixeira de Freitas (il suo *Esboço*), viene messo defini-

(11) A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Introdução*, in ID., *Consolidação das leis Civis*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859, pp. VII-VIII.

tivamente da parte, pur rimanendo in un certo senso la fonte di ispirazione privilegiata dei successivi tentativi di codificazione ⁽¹²⁾.

Anche se manca uniformità di vedute sulle ragioni che hanno determinato il fallimento della pretesa dell'*Esboço* di trasformarsi in codice, sembra che, in effetti, due siano stati i motivi determinanti. Il primo fu proprio la ferma e inflessibile intenzione di Teixeira de Freitas di promuovere l'unificazione di tutto il diritto privato, cosa che lo espose alla altrettanto ferma opposizione del Governo che, sposando i forti interessi della elite agraria, non vedeva di buon occhio un simile cambiamento ⁽¹³⁾. Infatti, in una lettera del 1867 con cui si rigettava il lavoro già finito, diceva che resisteva « invincibilmente a questa malaugurata duplicazione delle leggi civili » ⁽¹⁴⁾. La seconda ragione va rintracciata nella decisione di Teixeira de Freitas di rifiutarsi, fedele al suo credo liberale, di dettare una disciplina giuridica della schiavitù. Nel suo *Esboço* (ribadendo quanto già aveva sostenuto nella introduzione alla sua *Consolidação das leis Civis* ⁽¹⁵⁾) si può infatti leggere a chiare lettere: « È risaputo che in questo progetto non mi occupo della schiavitù dei neri, riservandola per un progetto di legge speciale; ma non si creda che io consideri gli schiavi delle cose. Per molte restrizioni che patiscano, ancora conservano la possibilità di acquisire diritti; tanto basta per essere persone » ⁽¹⁶⁾. La posizione di Teixeira de Freitas entrava, dunque, in rotta di collisione con uno dei pilastri centrali su cui poggiavano gli interessi delle *elites*, secondo cui un codice civile non

⁽¹²⁾ S. MEIRA, *O direito vivo*, Goiânia, Ed. UFG, 1984, p. 225. M. KARAM, *O processo de codificação do direito civil brasileiro (da consolidação de T. de Freitas ao projeto Beviláqua): o sistema do esboço* in SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit., pp. 322-324.

⁽¹³⁾ A. SURGIK, *O pensamento codificador de Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil*, in SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit., pp. 443-444.

⁽¹⁴⁾ Ivi., p. 443.

⁽¹⁵⁾ « Cumpre advertir que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de — escravos —. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma excepção que lamentamos, e que já está condemnado a extinguir-se em uma época mais ou menos remota, façamos também uma excepção, um capítulo avulso, na reforma das nossas leis Civis, não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade », in TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, cit., p. XI.

⁽¹⁶⁾ SURGIK, *O pensamento codificador*, cit, p. 443.

avrebbe potuto semplicemente ignorare le strutture schiaviste della società agricola brasiliana, e condannava pertanto il suo progetto ad un inevitabile insuccesso (17). Altri tentativi di codificazione della legislazione civile (ad ogni modo, molto meno celebri) furono intrapresi sotto l'impero: quello di Nabuco de Araújo (1872) e quello di Felício dos Santos (1881) (18) i cui progetti, che molto dovevano all'*Esboço* di Teixeira de Freitas, si arenarono sia per l'opposizione del Ministro della Giustizia e del Parlamento, sia per la caduta, nel 1889, del regime imperiale.

Ad ogni modo, il famoso *Esboço* di Teixeira de Freitas, sebbene non sia mai entrato in vigore in Brasile, ha finito per rappresentare una limpida fonte di ispirazione per diverse codificazioni ottocentesche dell'America Latina (19). Il suo lavoro preliminare di *Consolidazione delle leggi civili*, intrapreso al solo scopo di 'mostrare lo stato ultimo della legislazione', fu accolto trionfalmente da tutta la comunità giuridica nazionale. Il lavoro del giurista brasiliano (lavoro che, giova ripeterlo, avrebbe dovuto essere semplicemente preparatorio alla codificazione) fu giudicato in modo talmente positivo, in virtù della sua sistematicità e coerenza, che da allora (siamo nel 1858) agì da vera e propria stella polare della legislazione brasiliana e riferimento quasi obbligato per la dottrina e per la giurisprudenza del Paese. Insomma, si tenga bene a mente che questo lavoro di Teixeira de Freitas — che di per sé consisteva nella mera sistemazione del materiale legislativo preesistente — finì per perpetuare involontariamente la vigenza di un diritto antico (20). Questa funzione 'conservatrice' — che, tuttavia, non deve trarre in inganno, non significa immobilità della legislazione, né tantomeno persistenza

(17) P. MERCADANTE, *A consciência conservadora no Brasil*, Rio de Janeiro, Nova fronteira, 1979³, pp. 190-192 e SURGIK, *O pensamento codificador*, cit., pp. 443-444.

(18) GOMES, *Raízes históricas e sociológicas*, cit., p. 17.

(19) L'*Esboço* di Teixeira de Freitas fu fonte di ispirazione esplicita per la formulazione del codice civile dell'Argentina, della cui redazione era incaricato Dalmácio Vélez Sarsfield, del 1869, e del codice paraguaiano (che ha adottato il diploma argentino) e del codice uruguaiano de 1868. A tal proposito si veda S. MEIRA, *O juriconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal*, in SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit., pp. 77-79.

(20) GOMES, *Raízes históricas e sociológicas*, cit., p. 18 e BRAGA DA CRUZ, *Obras esparsas*, cit., pp. 65-66. COUTO E SILVA, *O direito civil brasileiro*, cit., p. 17.

tout court del diritto medievale, come abbiamo visto — costituisce uno dei tratti salienti della cultura giuridica brasiliana del diciannovesimo secolo che, come avremo modo di notare, contribuì, insieme ad altri fattori, a tener lontana dal Brasile la tendenza, ovunque maggioritaria, di adottare la *forma-codice* per il diritto civile (21).

4. *Cultura giuridica brasiliana e codificazione.*

Una volta descritte, anche se in modo sommario, le vicende del diritto privato brasiliano dalla fine del secolo XVIII al secolo XIX, conviene schematicamente soffermarsi su alcuni dei predetti fattori che possano spiegare le ragioni per le quali il Brasile finì per adottare un codice civile con così pesante ritardo rispetto a quasi tutte le altre nazioni latinoamericane (ma anche dell'Europa continentale), distanziandosi in tal modo, anche se parzialmente (sempre al contrario dei suoi vicini) dall'imperante modello francese.

Il primo fattore è dato dall'assenza di una cultura giuridica brasiliana negli anni immediatamente successivi all'indipendenza. Infatti, nel periodo coloniale, la potenza portoghese, a differenza di quella spagnola, non seguì la politica di istituire Università di diritto nei suoi domini d'oltremare. Mentre in Brasile fu permessa l'istituzione di una scuola di studi superiori nel 1808 — quando la famiglia reale portoghese, in fuga dalle guerre di conquista napoleoniche, stabilisce la corte in Brasile — nello stesso periodo, nell'America spagnola, si arrivavano a contare almeno ventitrè Università (22). Se proprio volevano, i figli del Brasile benestante avrebbero dovuto compiere i loro studi all'estero, mentre nel caso della formazione giuridica, questa si impartiva generalmente nell'Università di Coimbra. Basti solo questo dato: nel secolo tra il 1772 e il 1872 si laurearono all'Università di Coimbra 1.242 studenti brasiliani, mentre nello stesso arco di tempo i laureati delle università ispano americane furono non meno di 150

(21) Si prende in prestito il termine 'forma codice' da P. CAPPELLINI, *Il Codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, P. CAPPELLINI e B. SORDI (a cura di), *Codici: una riflessione di fine millennio* (atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000), Milano, Giuffrè, 2002, pp. 11-68.

(22) CARVALHO, *Cidadania no Brasil*, cit., p. 23.

mila (23). Corsi di diritto furono inaugurati in Brasile, dopo lunghi dibattiti parlamentari, solo nell'anno 1827, presso le Facoltà di Olinda (successivamente trasferita a Recife nel 1854) e San Paolo. Si può affermare, pertanto, che solo a partire da questa data si andrà formando, in modo lento e graduale, una cultura giuridica tipicamente brasiliana. Nel 1854 ebbe luogo un'importante riforma dell'insegnamento — che decretò, ad esempio, l'introduzione dell'insegnamento obbligatorio di diritto romano — nel tentativo di fornire alle lezioni fino ad allora impartite un taglio meno pratico (24). Come si può notare, la cultura giuridica della prima metà del secolo XIX era composta da un pugno di rampolli dell'alta società brasiliana che si erano formati all'Università di Coimbra e da un altro contingente (sicuramente poco significativo) di studenti che avevano compiuto gli studi, a partire dagli anni '30, nelle giovani e specialistiche facoltà di Recife e San Paolo. Di certo non ci si poteva attendere una recezione capillare della tradizione scientifica e culturale culla del *Code Civil*, né dei dibattiti della dottrina francese, in un contesto come questo. Eventuali scelte in direzione della codificazione facevano leva su altre ragioni ed interessi (come i desideri e le esigenze delle elites del giovane impero di proclamare principi giuridici 'moderni', con i quali marcare i confini giuridici dell'esercizio del loro diritto di proprietà) piuttosto che sulla base di una sorta di prevalenza culturale soffocante, la stessa che senza dubbio aveva dilagato per l'Europa continentale e in buona parte dell'America Latina agli inizi del XIX secolo.

Un secondo fattore importante fu dato dal fatto che, sebbene non fosse rimasta totalmente immune all'influenza francese, la neonata scienza giuridica brasiliana della seconda metà dell'ottocento subì molto di più il fascino della cultura giuridica germanica. Questa circostanza è piuttosto singolare, se si pensa che in altri ambienti culturali (compreso quello filosofico) diversi dal giuridico l'influenza francese — e specialmente del positivismo di Comte — si dimostrò nettamente prevalente in Brasile. La cosiddetta *Escola do Recife*, come è cono-

(23) *Ibidem*.

(24) A.F. PEREIRA, *O uso brasileiro do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas*, in SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit., pp. 84-85.

sciuto il movimento giuridico capitanato da Tobias Barreto ⁽²⁵⁾ (e che poteva contare su nomi celebri quali Silvio Romero e Clóvis Beviláqua — quest'ultimo l'autore del progetto del codice del 1916), era nettamente orientata verso l'area culturale germanica ⁽²⁶⁾. A parte questo, neppure è da sottovalutare il fatto che lo stesso Teixeira de Freitas, la cui *Consolidação das Leis Civis*, come abbiamo visto, erano consultate come un oracolo dalla intera comunità giuridica brasiliana, risentì profondamente dell'influsso della cultura giuridica tedesca. Come chiarisce Miguel Reale ⁽²⁷⁾, anche se si rileva un certo eclettismo in Teixeira de Freitas (misto ad un non disprezzabile elemento di originalità), si realizzava nei suoi scritti un sodalizio perfetto, sebbene teoricamente filosoficamente poco coerente, tra elementi tipici della Scuola Storica e del diritto naturale. Magrado non si possa affermare che gli autori francesi e i concetti della Scuola dell'Esegesi fossero a lui sconosciuti ⁽²⁸⁾, è alla scienza giuridica germanica (che lui dice aver « raggiunto i più brillanti traguardi » ⁽²⁹⁾) e in modo particolare al Savigny (da lui denominato « profondo » e « saggio » ⁽³⁰⁾) che avrebbe dovuto rendere i più ingenti tributi ⁽³¹⁾.

Il terzo fattore utile a spiegare la mancanza di una volontà codificatoria nell'impero brasiliano risiede in un aspetto che, di fatto, rappresenta il rovescio della medaglia dell'assenza di una vera cultura giuridica in Brasile (soprattutto nella prima metà del XIX secolo): l'inesistenza di un effettivo diritto di cittadinanza e, pertanto, la mancanza di un rapporto di identificazione tra le garanzie giuridiche assicurate dalla legislazione ufficiale da una parte, e il riconoscimento delle reali esigenze del popolo dall'altra. Come afferma lo storico José Murilo de Carvalho, nel periodo imperiale i

⁽²⁵⁾ Vedi in proposito M. LOSANO, *La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano*, in « Materiali per la storia della cultura giuridica », IV, 1974, pp. 321-412.

⁽²⁶⁾ COUTO E SILVA, *O direito civil brasileiro*, cit., pp. 17-19.

⁽²⁷⁾ M. REALE, *Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas*, SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit., pp. 41-44.

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 42.

⁽²⁹⁾ TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, cit., p. XXVII.

⁽³⁰⁾ Ivi, pp. CLVI e CXLII, rispettivamente e DI BENEDETTO, *Formação histórica*, cit., p. 96.

⁽³¹⁾ Opinione anche di COUTO E SILVA, *O direito civil brasileiro*, cit., p. 17.

diritti esistevano solo nel testo della legge, rendendo le persone comuni ciò che lui definisce « cittadini in negativo »⁽³²⁾. In altre parole: data la struttura sociale agraria, massicciamente rurale, prevalentemente analfabeta⁽³³⁾, patriarcale e composta in numero significativo da schiavi⁽³⁴⁾, non era pensabile che la maggior parte delle controversie trovasse soluzione sulla base della legislazione ufficiale dell'Impero. Ovviamente, in tutto questo periodo, sono numerosi anche i casi di azioni legali (incluso degli schiavi⁽³⁵⁾) basate sulla legge ufficiale nonché intraprese davanti agli organi giudiziari statali. Ma non si può assolutamente dimenticare la presenza di un grande pluralismo giuridico, che faceva sentire tutto il suo potente carico di effettività specialmente nei rapporti locali, familiari e religiosi, a detrimento di un diritto statale che al popolo appariva distante e estraneo. A riprova di quanto detto, José Murilo de Carvalho ricorda che l'accentramento burocratico (amministrativo) del governo aveva dovuto fare i conti, e scendere a necessari compromessi, con forti poteri locali (generalmente i proprietari terrieri), come unica via per far giungere la volontà del potere centrale all'interno delle provincie e dei comuni; per questo motivo, il Visconte dell'Uruguai poteva giustamente affermare che l'amministrazione imperiale « possiede una testa enorme, ma quasi non ha braccia né gambe », o ancora che è un corpo in cui « la circolazione sanguigna non arriva alle sue estremità »⁽³⁶⁾. Tutto ciò dimostra senza alcun dubbio come la presenza giuridica dello Stato non fosse assolutamente sufficiente affinché la popolazione, soprattutto la più

(32) CARVALHO, *Cidadania no Brasil*, cit., pp. 45-64.

(33) Nel 1872, ormai negli ultimi decenni dell'Impero, soltanto 16% della popolazione era alfabetizzata, come dice CARVALHO, *Cidadania no Brasil*, cit., p. 23.

(34) Nell'epoca dell'indipendenza, nel 1822, gli schiavi costituivano circa il 30% della popolazione. Nel 1873, il 15%, CARVALHO, *Cidadania no Brasil*, cit., p. 47.

(35) Esiste una sconfinata storiografia che dimostra l'esistenza di azioni legali intraprese da schiavi contro i loro padroni: solo per fare degli esempi si possono citare S. CHALHOUB, *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990; K. GRINBERG, *Liberata, a lei da ambigüidade: as ações de liberdade na Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1994.

(36) J.M. CARVALHO, *A construção da ordem/ Teatro das sombras*, Rio de Janeiro, Editora UFRJ/Relume Dumará, 1996², pp. 137-142.

periferica (emarginata), si potesse sentire partecipe di una comunità politica unitaria, e meno che mai, di un ordinamento giuridico e istituzionale esclusivo ed escludente di altre forme di risoluzione dei conflitti. In questo modo, non ci si poteva aspettare che una mera modifica delle leggi statali, in un periodo e in un luogo in cui la presenza dello Stato era il più delle volte inavvertita, potesse essere sentita dal popolo — da coloro, cioè, che avrebbero dovuto essere i destinatari del nuovo sistema giuridico delle relazioni private — come qualcosa in grado di rivoluzionare e (per usare un termine a loro ignoto, ma vicino a noi) ‘modernizzare’ la loro vita.

Di un quarto fattore che certamente ha contribuito alla mancanza di una codificazione in Brasile nel XIX secolo abbiamo già accennato nelle pagine precedenti: ossia, la ferma opposizione delle élites agrarie brasiliane all’idea di un sistema giuridico coerente e pienamente ispirato agli ideali liberali che avevano guidato le rivoluzioni borghesi di fine settecento. Un simile codice non era certamente conforme agli interessi dei vecchi potentati economici e sociali dell’impero brasiliano. Al momento della loro recezione in Brasile, benché formalmente quest’ultimo si presentasse come una monarchia costituzionale, le idee liberali subirono alcuni speciali adattamenti che permisero alle stesse di servire da fondamento di una struttura politica e sociale autoritaria e schiavista, nonché ai principi contenuti nella Carta Costituzionale del 1824 di poter convivere più o meno armonicamente con la diseguale società imperiale brasiliana ⁽³⁷⁾. Sono note le parole di Sérgio Buarque de Holanda con le quali, negli anni 30, cercava di decifrare, in uno dei tentativi più importanti di interpretazione sociologica che siano mai stati compiuti nel paese, il significato della democrazia brasiliana: « la democrazia in Brasile è sempre stata un deprecabile malinteso. Un’aristocrazia rurale e semi-feudale l’ha introdotta e ha cercato di sistemarla, per quanto era possibile, ai propri diritti e privilegi, gli stessi privilegi che furono, nel Vecchio Mondo il bersaglio della lotta

⁽³⁷⁾ Espressione consacrata a proposito della peculiare recezione dei principi liberali in Brasile è quella che allude alle ‘idee fuori luogo’ (o sia: la convivenza di principi generali con una cultura basata sul ‘favore’), contenuta in R. SCHWARTZ, *Ao vencedor as batatas*, São Paulo, Livraria Duas Cidades, 1992⁴, pp. 13-28.

borghese contro l'aristocrazia »⁽³⁸⁾. In questo contesto, la promulgazione di un codice civile — con principi definiti e coerenti e con pretese di completezza e certezza — senza dubbio era un qualcosa che avrebbe ostacolato quella insidiosa forma di convivenza tra principi liberali e tradizionali strutture sociali brasiliane. In modo particolare, come abbiamo visto, c'era il rifiuto da parte delle elites sia all'idea di una 'unificazione del diritto privato', quale era insita nel progetto di codificazione di Teixeira de Freitas, sia al modo altamente problematico (per l'aristocrazia rurale) con cui la questione della schiavitù — punto cruciale di tutto il dibattito politico della seconda metà del secolo XIX — era trattata dal giurista.

Oltre al sentimento di estraneità della maggioranza della popolazione rispetto agli eventuali cambiamenti ufficiali nella sfera dei rapporti giuridici privati, e al disinteresse delle elites a promuoverli, va aggiunto un altro fattore — il quinto e ultimo — che fungeva da ostacolo alla redazione di un codice in Brasile: stiamo alludendo al carattere estremamente complesso, nell'ambito della regolamentazione dei rapporti civili, della relazione tra lo Stato e la popolazione — specialmente la più disagiata. Cosa vogliamo dire: che, oltre ad essere altamente problematica la vicenda dei due poli di per sé considerati, era molto problematico anche il rapporto tra loro, la stessa iniziativa di un'invasione totale ed assorbente (ciò che il codice realmente rappresenta) da parte della legislazione statale nella sfera dei rapporti privati. Alla fin fine, come abbiamo visto, durante tutto l'Ottocento, i legami tra Stato e privati cittadini erano in Brasile molto sottili: nonostante fosse previsto addirittura un sistema formale di partecipazione da parte della popolazione nella scelta dei rappresentanti politici (sistema, tuttavia, puramente di facciata, dietro al quale si celava principalmente l'autoritarismo dei capi politici locali, i cosiddetti '*coronéis*'⁽³⁹⁾), nell'ambito dei rapporti civili queste connessioni erano ancor più scarse. Una intromissione radicale dello Stato nella sfera privata delle persone — oltretutto in assenza di un genuino ordine giuridico ufficiale pre-codificazione e di un processo rivolu-

(38) S.B. HOLANDA, *Raízes do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995²⁶, p. 160.

(39) V.N. LEAL, *Coronelismo, enxada e voto*, São Paulo. Alfa Ômega, 1975² e CARVALHO, *Cidadania no Brasil*, cit., pp. 30-44.

zionario a preparare il terreno — sarebbe stata certamente avvertita come un'insopportabile intrusione nell'ambito dei costumi tradizionali da parte di una strana entità — lo Stato — che in fin dei conti non aveva nulla a che spartire con la vita concreta delle persone. Non è un caso allora, come Holanda, con la consueta intelligenza, osserva, se « questo comportamento sociale, nel quale il sistema dei rapporti si costruisce essenzialmente sulla base di legami diretti, da persona a persona, abbia costituito uno dei principali ostacoli eretti in Spagna e in tutti i paesi ispanici — Portogallo e Brasile compresi —, contro la rigida applicazione delle norme di giustizia di qualsivoglia prescrizione legale » (40).

Per concludere questo punto — e allo stesso tempo per meglio chiarire il senso delle nostre parole — conviene ricordare un avvenimento emblematico della storia del Brasile occorso nei primi anni del secolo XX, giusto poco prima della promulgazione del primo codice civile, il quale ci mostra molto bene lo scontro tra una dimensione sociale pre-moderna che ostinatamente cerca di resistere e un'opera sistematica di pretesa modernizzazione, che avanza senza sosta anche a spese di radicate tradizioni (41): stiamo parlando della 'Rivolta del Vaccino', scoppiata a Rio de Janeiro nel 1904.

Al contrario di altre grandi insurrezioni scoppiate più o meno nello stesso periodo a difesa dei valori tradizionali (come la 'Guerra di Canudos' a Bahia o la 'Guerra del Contestado' a Santa Catarina), la 'Rivolta del Vaccino' infiamma nella più grande e cosmopolita

(40) HOLANDA, *Raízes do Brasil*, cit., p. 134.

(41) Ci sono stati importanti episodi della storia brasiliana che ci hanno rivelato la forza della tradizione, specialmente negli ultimi anni del secolo XIX e agli inizi del XX. Il più famoso di questi è stato certamente la 'Guerra de Canudos', scoppiata nell'entroterra di Bahia nel 1896 e 1897 — immortalata da uno dei capolavori di lingua portoghese, *Os sertões*, di Euclides da Cunha (São Paulo, Ateliê Editorial/Imprensa oficial do estado/Arquivo do Estado, 2001²), e più recentemente ricordate per essere il tema del libro di Mario Vargas Llosa, *La guerra del fin del mundo* [Mexico, Alfaguara, 2000 — quando una moltitudine di contadini si radunano attorno ad un leader carismatico, Antonio Conselheiro, in difesa dei loro valori tradizionali e dei loro ideali comunitari e che, vista dal giovane governo repubblicano come una minaccia alla modernizzazione (e come un sovversivo movimento monarchico), fu, dopo quattro spedizioni militari, brutalmente massacrata dallo Stato. Vedi, in questa linea di interpretazione, J.M. de CARVALHO, *Pontos e bordados: escritos de história e política*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 1998, pp. 114-115.

città brasiliana, Rio de Janeiro, la capitale della Repubblica, che contava all'epoca circa 720 mila abitanti. Di fronte alla chiara volontà politica del Presidente Rodrigues Alves e del Prefetto Pereira Passos di 'modernizzare' la città, e prendendo a parametro della propria azione le riforme urbanistiche compiute a Parigi da Hausmann e come credo scientifico le scoperte di Pasteur, furono intraprese nella città una serie di innovazioni — non senza la resistenza della popolazione —: le strade furono aperte o allargate, modificando le fattezze della vecchia città coloniale e cacciando molta gente fuori dalla propria casa; furono tolti mendicanti, mucche e cani dalle strade; truppe sanitarie militari attraversavano la città ispezionando e disinfettando, e altresì col potere di decidere la ristrutturazione o la demolizione della case. Ci fu un grande sforzo di cambiare addirittura le consuetudini della popolazione, prendendo esplicitamente a modello la 'civilizzata' Parigi (42). Dopo vari tentativi falliti di sanare la città e interrompere il dilagare delle epidemie (soprattutto di vaiolo), furono conferiti dal Presidente della República ai medici e ai funzionari pubblici del comune poteri quasi dittatoriali per 'ripulire' definitivamente la città. A questo punto insorse la rivolta popolare: intere aree della città furono assediate dai ribelli. Era percepibile la grande simpatia con cui la popolazione guardava al movimento di rivolta. I settori 'emarginati' (*malandros, capoeiras*, ambulanti, prostitute) erano in prima linea, ma aderirono in seguito anche gli operai delle fabbriche. Il Governo decise di bombradare le montagne che ospitano le basi dell'insurrezione, ma i cadetti della Escola Militar della *Praia Vermelha* si ribellarono al governo e al suo comando. Soltanto dopo aver revocato la legge sul vaccino obbligatorio il Governo, con l'appoggio dell'esercito e della marina, riuscì ad occupare i monti e a contenere il movimento, ristabilendo finalmente l'ordine (43).

Quest'episodio non può essere letto unicamente come una dimostrazione di 'ignoranza' da parte del popolo per non aver compreso i 'civilizzati' tentativi del governo di ripulire la città e le case dei cittadini. Si può leggere altresì come il tentativo di un governo autoritario di introdurre cambiamenti significativi nella vita

(42) Ivi, pp. 111-112

(43) Ivi, pp. 117-118.

quotidiana delle persone, sulla base di teorie scientifiche, estetiche e urbanistiche totalmente estranee alla tradizione, come il tentativo di introdurre nella sfera privata delle famiglie nuovi costumi che apparivano sostanzialmente estranei, anche se (o forse proprio perché) erano imposti dallo Stato. Come dice Carvalho, si tratta nient'altro che di una reazione popolare contro un'azione politico-giuridica del governo assolutamente incompatibile con i suoi valori tradizionali. La sola idea che il governo potesse mandare qualcuno nelle case della gente, anche in assenza del capo-famiglia, ad esaminare moglie e figlie, era un insopportabile colpo inferto alla morale del tempo. Alla base di tutto c'era, quindi, la concezione radicata che il governo non doveva interferire coi valori tradizionali che reggevano la vita delle persone, soprattutto nella loro dimensione domestica (anche perché le persone comuni non si sentivano partecipi della società politica, giacché lo Stato rappresentava per loro un oggetto non bene identificato), pena il rischio di scatenare una reazione che avrebbe potuto addirittura assumere la proporzione di un'insurrezione popolare (44).

Questo episodio può essere fondamentale per comprendere la cultura giuridica brasiliana perché anch'essa vive questa tensione, questo complesso rapporto dialettico tra, da una parte, la tendenza dello Stato di imporre autoritariamente le sue regole nell'ambito del diritto privato, secondo quell'indole che è denominata di 'assolutismo giuridico', e, dall'altra, la presenza di persone in carne ed ossa, portatrici di proprie tradizioni, valori, in una parola di un patrimonio culturale e giuridico 'vivo'. È quindi un diritto che cerca di resistere ad una cultura che gli è straniera ed estranea, ma che allo stesso tempo, in questo rapporto conflittuale, dialoga e interagisce con lei, dando vita a numerose peculiarità che è compito dello storico del diritto mettere in evidenza.

5. *Per concludere.*

Ecco, quindi, la chiave per comprendere la singolare storia della cultura giuridica brasiliana, dalla sua nascita al suo sviluppo tra la metà del secolo XVIII e l'inizio del XX: e cioè l'esistenza di un

(44) Ivi, p. 118.

ambiente storico nel quale esistono ostinate persistenze di diritto comune a livello dei rapporti giuridici privati (come fu argutamente sottolineato da Ascarelli) ma che d'altra parte subì importanti discontinuità nel tempo. Tuttavia, questi elementi di discontinuità, che si mostrano così rilevanti per fornire alla cultura giuridica brasiliana tratti propri e distintivi (*Ordenações*, Lei da Boa Razão, interventi legislativi dell'impero, *Consolidação das Leis Civis* di Teixeira de Freitas), non possono a loro volta essere compresi unicamente alla luce della legislazione ufficiale, fuori dal contesto della realtà storica sottostante. La comprensione delle peculiarità della formazione culturale del diritto privato brasiliano, non può essere disgiunta dai solchi profondi lasciati dalla società agraria, schiavista e conservatrice, che con un'ingegnosità tutta particolare si incamminava lentamente nella direzione di una 'modernizzazione' giuridica nella quale l'ossequioso rispetto di alcuni modelli stranieri si equivaleva alla necessità della sua conformazione con le ingiuste strutture sociali e politiche brasiliane.

LUCIANO MARTONE

DOMINIO COLONIALE E PROPRIETÀ FONDIARIA:
LA FORMAZIONE DEL DEMANIO ITALIANO IN LIBIA
(1911-1923)

1. Colonizzazione italiana e proprietà fondiaria indigena. La propaganda fascista degli anni Trenta. — 2. Occupazione di Tripoli e ricerca dei terreni coltivabili. Il divieto del generale Caneva per le compravendite. — 3. La Commissione Bertolini. Le modalità di costituzione del demanio coloniale per Ghino Valenti. — 4. Il regime fondiario ottomano. La proposta ablativa dell'ispettore demaniale Giovanni Curis. — 5. Sovranità italiana e proprietà dello Stato coloniale nelle riflessioni di Ausonio Franzoni. — 6. I limiti della prima legislazione per la formazione dei libri fondiari per la Libia. — 7. Proposte di colonizzazione militare. Le pessimistiche considerazioni di Luigi Einaudi: dal diritto all'economia. — 8. Catasto e colonizzazione ufficiale. Il lavoro degli Uffici Fondiari. Verso la « spigliatezza procedurale ». — 9. Il contrastato progetto di riforma del ministro Colosimo. Le inattese norme del 1917 sul conflitto di competenza. — 10. Le novità determinate dall'approvazione degli Statuti. Il Regio Decreto 3 luglio 1921 n. 1207 del ministro Rossi. — 11. La scelta d'un uomo d'affari: Giuseppe Volpi, governatore della Tripolitania per iniziativa di Giolitti. — 12. La discussione in seno al Consiglio Superiore Coloniale sull'esproprio generalizzato. — 13. I risultati del 'sistema' realizzato da Volpi per la colonizzazione agraria. Conclusioni.

1. *Colonizzazione italiana e proprietà fondiaria indigena. La propaganda fascista degli anni Trenta.*

La versione ufficiale e celebrativa del periodo fascista sulla colonizzazione della Libia ha oscurato l'importanza delle iniziative e delle responsabilità politiche dei precedenti governi liberali. In realtà, l'accaparramento delle terre arabe a favore dei coloni italiani si svolse nel segno della continuità, anche se gli schemi di dominio dello stato italiano, quale potenza coloniale, si definirono lungo il cammino. Le basi teoriche e normative per il particolare sfruttamento agrario della Libia risultarono infatti già evidenti nel primo decennio di dominazione e di presenza a Tripoli e Bengasi. In particolare, l'esame delle fonti giuridiche configura un ciclo storico

dove i caratteri del predominio nella colonia d'Oltremare possono essere valutati nell'ambito di un processo unitario.

In effetti, questa tendenza interpretativa, questa vera e propria revisione fascista della storia coloniale italiana, si delineò dal 1933, a seguito della definitiva sconfitta della rivolta araba. Fu questo evento a determinare un rinnovato interesse per la colonizzazione agraria in Libia ed a presentare l'opera di avvaloramento fondiario per i coloni italiani « sotto luci nuove e ben più importanti di quanto non potesse apparire nel passato » (1).

La vita economica della colonia d'Oltremare, per l'opera *coraggiosa* del governo fascista, era ormai in grado di procedere, per la prima volta in maniera decisa, verso un avvenire di prosperità. In particolare, la bonifica agraria si annunciava finalmente come prossima anche in Cirenaica per l'azione energica del governatore Badoglio e del suo vice Graziani. Dopo la pacificazione dei territori ottenuta con la durissima repressione della rivolta araba, la trasformazione *in ubertosi campi della nuda steppa, abbandonata da venti secoli*, diveniva ovunque realizzabile. La battaglia decisiva era alla fine « quella della conquista della terra per i figli della nostra patria » (2). Tempi nuovi per la colonizzazione agraria della *Quarta sponda*, che entrava nella fase della realtà concreta.

Come scrisse con enfasi africanista il Piccioli: « il nostro divenire d'oltremare è ormai verità chiara, solare » (3). Le tormentate vicende libiche appartenevano, perciò, al passato. Il governo fascista si era impegnato a fondo nell'azione militare ed ora poteva senz'altro dare inizio all'*opera grandiosa* della colonizzazione demografica. Era giunto il tempo, anche nel campo dello sfruttamento agrario delle terre libiche, della determinatezza dei metodi, della prontezza dei mezzi esecutivi. I colonizzatori potevano contare sugli sforzi concordi del governo, sul sostegno certo del regime.

Quell'incertezza e quella riluttanza, che avevano caratterizzato l'impegno africano dei governi liberali dopo il 1911, erano soltanto

(1) A. MAUGINI, *La fase attuale della colonizzazione agraria nelle colonie italiane*, in *Società Agraria di Bologna. La valorizzazione agraria delle colonie italiane*, Bologna 1933, p. 22.

(2) A. PICCIOLI, *La valorizzazione agraria della Tripolitania*, in *La Nuova Italia d'Oltremare. L'opera del fascismo nelle colonie*, a cura di A. Piccioli, Roma 1933, p. 377.

(3) *Ibidem*.

un lontano ricordo. Altri uomini, altra forza ideologica, altro valore militare per benemerienze coloniali, altra fermezza politica, costituivano ora punti di riferimento sicuri per la realizzazione del programma di avvaloramento del suolo libico attraverso la tempestiva « immissione delle famiglie coloniche a scopo di colonizzazione » (4).

L'organo dell'Istituto Coloniale fascista, « L'Oltremare », con una nota della sua redazione sosteneva appunto l'*inderogabilità della colonizzazione bianca*, affermando con forte convinzione e senza ipocrisie l'assoluta necessità « di mandar molta gente in Libia. Per motivi di carattere demografico e per ragioni di indole prettamente politica, inerenti alla funzione che la nostra colonia deve espletare nel Mediterraneo » (5).

In altri termini, mentre in quegli stessi anni le altre potenze coloniali europee discutevano sulla convenienza o meno della colonizzazione e quindi sull'opportunità di una politica di decolonizzazione, per l'Italia fascista era giunta invece l'ora del popolamento metropolitano della colonia d'Oltremare. In questa prospettiva era stata appunto approvata la legge che estendeva alla Tripolitania l'opera dell'Ente Autonomo per la Colonizzazione della Cirenaica. Era questo il motivo della nota redazionale pubblicata con sollecitudine nella citata rivista « L'Oltremare ». Tuttavia il breve articolo non era soltanto un atto di fede in appoggio al governo, quanto soprattutto un invito a fare presto e a non ripetere gli errori del vecchio colonialismo liberale. « Inutile restare inerti », — aveva scritto in quello stesso periodo il direttore dell'Istituto Agricolo Coloniale di Firenze, Armando Maugini — lamentando la posizione di inferiorità dell'Italia liberale, « frutto della storia, ma anche degli uomini deboli che rappresentarono il nostro paese » (6).

E la critica si estendeva anche alla pubblicistica *ingiusta e colposa* che in un passato, da parte di altre forze politiche, aveva presentato all'opinione pubblica « le colonie come territori di valore assolutamente negativo » (7). Ora, abbandonate queste aberrazioni,

(4) *L'oltremare*, Nota della Redazione, anno VIII, settembre 1934, n. 9

(5) *Ivi*, p. 1.

(6) MAUGINI, *La fase attuale della colonizzazione*, cit., p. 12.

(7) *Ivi*, p. 13.

l'essenziale era che non fosse più messa in discussione l'importanza dello sviluppo dell'agricoltura per l'avvenire del territorio coloniale: «Padrona del Fezzan e di Cufra, l'Italia poteva a buon diritto guardare oltre» (8).

Stroncata la ribellione (9), la linea di condotta doveva essere finalizzata ad assicurare la realizzazione effettiva degli interessi fondiari della colonizzazione sino a quel momento contenuti entro stretti confini. In tal modo, veniva posta in discussione tutta l'incerta politica coloniale precedente, che per il fascismo assumeva un valore paradigmatico del tutto negativo.

L'esperienza ministeriale liberale — anche in relazione alle procedure messe in campo per l'individuazione delle terre necessarie alla colonizzazione ed alla formazione del demanio coloniale — diveniva un esemplare modello di inettitudine e non solo per quanto era avvenuto in Eritrea ma anche per l'esperienza libica. Una connotazione dichiaratamente politica che assumeva posizioni estreme nei riguardi di tutti i settori della vita politico-istituzionale della colonia d'Oltremare. Nulla di buono si era fatto prima della marcia su Roma: «La fase anteriore era stata del tutto negativa» (10).

Al riguardo il Piccioli osservava che «prima del '22 la politica agraria era consistita semplicemente nella emanazione di qualche decreto; decreto che, rivestito com'era di pomposa veste formale, non serviva ad altro che a scoprire l'abisso che divideva i propositi dall'azione» (11). Parole rivelatrici, che enfatizzavano una rappre-

(8) R. SERTOLI SALIS, *Storia e Politica Coloniale Italiana*, Messina-Milano 1938, p. 257.

(9) Per lungo tempo la storia dell'aggressione italiana alla Libia è stata oggetto di pubblicazioni apologetiche se non addirittura celebrative. Forse il primo volume che ha avuto il merito di rompere il silenzio sulle modalità della repressione coloniale è stato quello di E. SANTARELLI, G. ROCHAT, R. RANIERO, L. GOGLIA, *Omar al-Mukhtar e la riconquista fascista della Libia*, Milano 1981; mentre il volume a cura di A. DEL BOCA, *Le guerre coloniali del fascismo*, Roma-Bari 1991, ha raccolto per la prima volta anche contributi di studiosi libici. Di recente N. LABANCA, *Un nodo. Immagini e documenti sulla repressione coloniale italiana in Libia*, Manduria-Bari-Roma 2002, ha documentato l'ordine coloniale in Libia, dal periodo liberale a quello fascista, ricorrendo anche alle immagini.

(10) PICCIOLI, *La valorizzazione agraria della Tripolitania*, p. 377.

(11) *Ibidem*.

sentazione della politica coloniale italiana divisa in due periodi nettamente distinti: quello liberale e quello fascista. Il primo caratterizzato da una colpevole trascuratezza, il secondo inaugurato soltanto nel 1923 dal governatore Volpi ma reso dinamico dal De Bono, ed ora dopo la riconquista della Libia ormai certo per la fortissima determinazione politica del regime.

« Chi potrebbe dubitare che da oggi non incomincia una novella vita per la tribolata Cirenaica? Chi ignora che il suo Vice Governatore, il Generale Graziani, come fu formidabile guerriero nello stroncare la ribellione, dà oggi tutto il suo impegno, la sua esperienza, la sua mirabile volontà per ovviare la Colonia alla sua ripresa economica? » (12). Dunque, i primi tentativi coerenti ed energici per modificare la condizione agricola della Libia si erano sviluppati solo grazie all'iniziativa dei governatori nominati da Mussolini. Il merito per un coerente disegno politico teso ad affrontare risolutamente il problema dell'accaparramento delle terre ed il potenziamento economico della colonia mediterranea era da ascrivere esclusivamente all'impulso fascista.

Invero tutta la pubblicistica coloniale degli anni Trenta si mostrò attenta ad esaltare l'impegno per l'Oltremare dei ministeri fascisti ed a sottolineare la loro posizione antagonista rispetto a quelli liberali, accreditando una versione degli avvenimenti non conforme alla realtà storica. Una narrazione che, divulgata con scopi propagandistici, ha influenzato anche la successiva lettura storiografica della colonizzazione agraria.

Nel 1923 in Libia non iniziò affatto una nuova stagione politica. Certo, ai procedimenti fu impresso un ritmo più dinamico ma la volontà di accorpamento dei terreni coloniali presenta caratteri pienamente condivisi e modalità già in precedenza definiti. Le affermazioni elogiative degli uomini del regime erano in aperto contrasto con le fonti giuridiche del periodo liberale relative alla formazione del demanio coloniale. Sostenere che il problema della colonizzazione agraria non era stato affrontato dai governi giolittiani era una palese falsità, una strumentale manipolazione di ciò che era veramente accaduto negli anni tra il 1911 ed il 1922.

(12) G. PIANI, *Per la colonizzazione agricola della Cirenaica*, in *Società Agraria di Bologna, La valorizzazione agraria delle colonie*, Bologna 1933, p. 184.

2. *Occupazione di Tripoli e ricerca dei terreni coltivabili. Il divieto del generale Caneva per le compravendite.*

Il regime fondiario libico preoccupò da subito studiosi, politici e legislatori del Regno. Immediatamente fu posto il problema di un indemanamento terriero come presupposto di qualsiasi valorizzazione italiana. La necessità di costituire un vasto demanio agrario, per poter concedere terreni agli agricoltori provenienti dalla madrepatria, era stata valutata per tempo e fu affrontata, con provvedimenti conseguenti, appena occupata la città di Tripoli.

Uno dei primissimi decreti del Comandante in Capo del Corpo di Spedizione, il generale Caneva, riguardò infatti il divieto relativo alla compravendita di terreni ed altri diritti reali in Tripolitania e Cirenaica per arrestare ed impedire tempestivamente l'eventuale speculazione in quelle regioni, in modo da non pregiudicare i successivi provvedimenti di concessione sulle aree da indemanializzare⁽¹³⁾. L'accaparramento dei terreni coltivabili, per le autorità coloniali italiane, costituì immediatamente oggetto di provvedimenti *ad hoc*.

Non per caso, ancor prima che la sovranità italiana su quei territori venisse proclamata ufficialmente, il Capo del Corpo di Spedizione si affrettò a dichiarare senz'altro nulli e come non avvenuti i contratti di compravendita addirittura stipulati « prima della nostra occupazione e non ancora a tenore delle vigenti leggi, perfetti »⁽¹⁴⁾. Invero, all'inizio dell'occupazione, questo interesse alla colonizzazione agraria non si presentò strettamente collegato con la colonizzazione demografica, quanto piuttosto con la richiesta di afflusso di capitali dall'Italia per la valorizzazione dei terreni che via via sarebbero stati incamerati al demanio della colonia. L'iniziativa dell'avvaloramento agrario della Libia era da affidarsi all'imprenditoria italiana in via prioritaria e solo in un secondo e lontano momento si poteva immaginare un'emigrazione di lavoratori dalle

⁽¹³⁾ Il decreto del Caneva, adottato sulla base dei pieni poteri concessi a tenore del *Regio Decreto 8 ottobre 1911 n. 1128*, fu prontamente confermato con *Regio Decreto 20 novembre 1911 n. 1248*, poi pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 27 novembre 1911 n. 276 insieme al *Regio Decreto 5 novembre 1911 n. 1247* che poneva sotto la sovranità piena ed intera del Regno d'Italia la Tripolitania e la Cirenaica.

⁽¹⁴⁾ Articolo 4 del *Regio Decreto 20 novembre 1911 n. 1248*.

più povere campagne della madrepatria. Di qui l'opportunità di impedire investimenti speculativi individuali che avrebbero potuto compromettere il successivo ordinato programma governativo di sfruttamento coloniale dei terreni coltivabili.

In effetti, il ministero Giolitti conosceva gli errori iniziali commessi dal governo francese in Algeria, quando dopo il 1830 numerosi speculatori si erano riversati nelle terre conquistate acquistando a prezzi bassissimi terre dagli indigeni, ma con contratti che non soddisfacevano le condizioni del diritto di proprietà proprio del sistema giuridico occidentale ⁽¹⁵⁾. Vennero così acquistate terre che non potevano essere alienate, sia perché i titoli di proprietà erano falsi sia perché gli indigeni erano nella condizione di non avere la capacità di vendere, con la conseguenza « che tali contratti vennero quasi sempre attaccati di nullità dando luogo a continue liti giudiziarie » ⁽¹⁶⁾.

Per evitare questa situazione — che avrebbe poi richiesto misure di sanatoria per gli incauti acquisti degli occidentali e senz'altro creato ulteriori inconvenienti nei rapporti con i musulmani e con gli stessi eventuali primi coloni italiani ⁽¹⁷⁾ — il governo italiano

⁽¹⁵⁾ La memoria della colonizzazione agraria francese in Algeria e Tunisia, così presente nei lavori degli autori italiani dell'inizio del Novecento, è stata poco indagata dalla storiografia d'Oltralpe. La pubblicazione più esauriente è di Ch. R. AGERON, *Les algériens musulmans et la France (1871-1919)*, Tome I, Paris 1968; più di recente una ricerca sulle tesi di dottorato ha segnalato alcuni contributi d'epoca sulle vicende più specifiche della legislazione francese in tema di colonizzazione: F. LEIMORFER, *Discours académique et colonisation. Themes de recherches sur l'Algérie pendant la période coloniale (Le corpus des thèses de Droit et Lettres 1880-1962)*, Paris 1992. Tra queste tesi risultano di particolare interesse: sulle forme e condizioni della proprietà privata musulmana, E. COEFFARD, *La propriété foncière en Algérie*, Paris 1897, capitolo IV, pp. 88-108; sulla divisione delle terre in diritto islamico, G. SÉRÉ, *La propriété foncière en Algérie*, Bordeaux 1902, capitolo I, pp. 17-22; sulla sostituzione delle procedure di diritto comune in colonia, A. JAQUES, *Du Régime de l'expropriation pour cause d'utilité publique en Algérie*, Paris 1901, pp. 227-230; sul ruolo del generale Clauzel agli inizi della colonizzazione, negli anni successivi al 1830, H. FOURRIER, *La colonisation officielle et les concessions de terres domaniales en Algérie*, Paris 1915, pp. 46-57; sulla nozione giuridica araba di vivificazione, B. DE SARIAC, *De la propriété immobilière en droit musulman*, Paris 1924, pp. 43-67.

⁽¹⁶⁾ G. CURIS, *Studio sulla proprietà fondiaria in Libia contenente in Appendice la legislazione fondiaria ottomana tradotta e annotata e quella italiana*, Napoli 1914, p. 175.

⁽¹⁷⁾ Così era avvenuto in Algeria, dove una successiva ordinanza del 1844

preferì imporre subito certezza giuridica in materia fondiaria per il futuro programma di colonizzazione ufficiale. I responsabili della politica liberale, memori degli avvenimenti coloniali francesi, imponendo il divieto delle compravendite, optarono quindi per il sistema della verifica dei titoli di proprietà musulmani, dimostrando un tempestivo interesse alla colonizzazione agraria in una prospettiva che non fosse conflittuale con la popolazione locale.

La procedura stabilita con il decreto del 1913 intendeva per l'appunto « favorire, con la certezza dei possessi, lo sviluppo economico del paese »⁽¹⁸⁾, in altri termini venne subito disposto l'accertamento dei diritti fondiari esistenti nella Tripolitania e nella Cirenaica. Ed a tal fine vennero istituiti nei principali centri della colonia gli Uffici Fondiari con il compito di annotare in appositi registri immobiliari « tutte le indicazioni necessarie per l'esatta determinazione dei fondi e degli aventi diritto sui medesimi »⁽¹⁹⁾.

Il problema della creazione di un demanio coloniale fu dunque affrontato nell'immediatezza della conquista: ad appena due mesi dalla occupazione di Tripoli il ministro dell'agricoltura, industria e commercio, Francesco Saverio Nitti, inviò prontamente in Libia una Commissione di tecnici con il compito di verificare le risorse agrarie di quel territorio e di riferire sulle eventuali possibili iniziative di sfruttamento.

Il 10 febbraio 1913 il successivo ministro delle Colonie, Pietro Bertolini, nominò una seconda *Commissione per lo studio agrologico*

demandò ai tribunali amministrativi francesi la verifica dei titoli di proprietà algerini e la successiva omologazione o incameramento nel Demanio, dei beni incautamente acquistati.

(18) La *Premessa* al *Regio Decreto 26 gennaio 1913 n. 48* è al riguardo eloquente: « Ritenuto che, anche per causa della distruzione o dispersione, avvenuta durante la guerra, degli atti e documenti relativi all'assetto della proprietà fondiaria nella Tripolitania e nella Cirenaica, allo scopo di assicurare il rispetto dei diritti esistenti e di favorire con la certezza dei possessi, lo sviluppo economico del paese, è necessario ed urgente provvedere all'accertamento delle proprietà e alla ricostruzione dei relativi titoli ... DECRETIAMO ... ».

(19) *Ivi*, articolo 3. Il successivo articolo 4 precisava poi che « oltre al registro generale contemplato nell'articolo 3, presso ogni ufficio fondiario sarà tenuto un separato registro: *a*) pei beni demaniali (*miri*); *b*) pei beni delle fondazioni pie (*vacuf*); *c*) pei beni di godimento collettivo di tribù e villaggi (*metruke*); *d*) pei beni di proprietà libera (*mulk*) ».

della Tripolitania i cui lavori avrebbero dovuto servire di guida all'opera legislativa e governativa, « nonché per dirigere opportunamente le speculazioni private impazienti di agire » (20).

Il presidente di questa Commissione nell'esporre i dati di fatto e i *fondati criteri* per mettere in valore la nuova colonia — dopo aver precisato di aver proceduto durante il soggiorno in Tripoli, « al completo o a gruppi separati » (21) alle escursioni *nel territorio accessibile*, aver fatto rilievi topografici, esaminati gli archivi ed individuato sulle carte « tutti i dati utili alle ricerche geo-idrologiche » (22), aver tenuto varie riunioni e costituito tre Sottocommissioni (23) — comunicò al ministro delle Colonie che, « già nella prima quindicina di giugno, tutti i commissari erano di ritorno in Italia e colla più viva soddisfazione » (24). Sicché, iniziati in Roma il 20 luglio 1913 i lavori di confronto e di coordinamento dei dati raccolti dalle Sottocommissioni già nel dicembre 1913 erano rese pubbliche le relazioni relative al lavoro compiuto con la stampa di due robusti volumi.

3. *La Commissione Bertolini. Le modalità di costituzione del demanio coloniale per Ghino Valenti.*

In realtà i lavori della Commissione presentavano al paese e per la prima volta, « un quadro vero della Nuova Colonia, in quanto riguarda le sue condizioni agrologiche, economiche, sociali » (25), una descrizione priva di retorica. In particolare Ghino Valenti, all'epoca professore di economia politica nella Regia Università di

(20) C.F. PARONA, *Lettera — Introduzione del Presidente della Commissione a S.E. il Ministro delle Colonie On. Bertolini*, in *La Tripolitania Settentrionale*, vol. I, Roma 1913, p. IXX.

(21) Ivi, p. XXI.

(22) *Ibidem.*

(23) Facevano parte della Commissione, oltre al professore di geologia nella Regia Università di Torino, Carlo Fabrizio Parona, designato presidente, i professori: di botanica Fridiano Cavara, di statistica Francesco Coletti, di economia politica Ghino Valenti, di biologia agraria Vittorio Peglion, tre ingegneri, quattro docenti di materie agrarie negli Istituti superiori del Regno, due ispettori tecnici ed un funzionario amministrativo con il compito di segretario.

(24) Ivi, p. XXIV.

(25) Ivi, p. XXVII.

Siena, nella sua schietta relazione sulle possibilità di valorizzazione agraria della Libia — dopo aver premesso che « non vi è italiano che nella conquista della Libia, pure intendendone l'alta importanza politica, non abbia visto un campo nuovo, a cui la nostra emigrazione avrebbe potuto applicare la propria attività con vantaggio dei singoli e della Madre Patria » ⁽²⁶⁾ — immediatamente veniva a trattare « dei mezzi più convenienti per promuoverla » ⁽²⁷⁾, in relazione all'ordinamento della proprietà fondiaria ed alla disponibilità delle terre. Era questa la posizione del problema comunque fosse intesa la parola *colonizzazione*, quand'anche, come in Libia, il territorio non comprendesse vaste estensioni di terreni utilizzabili e vi fosse già stabilita una popolazione che si dedicava alla cura dei campi, all'allevamento del bestiame con metodi primitivi e poco efficaci, e quindi l'intervento coloniale dovesse risolversi in un accrescimento delle precedenti risorse con impiego di capitali più che di coloni.

Per il Valenti, i due distinti modi di intendere la colonizzazione, demografica o capitalistica, conducevano entrambi alla costituzione di un demanio coloniale. Tuttavia, per l'attento economista il pensare che la colonia non fosse che una terra dove trasportare i nostri contadini emigranti, « talché la funzione del Governo dovrebbe ridursi ad una vasta agenzia di collocamento di lavoratori disoccupati, non è che un desiderio filantropico, che nelle condizioni presenti, specie dei territori africani, non si è mai realizzato e non è agevole realizzare » ⁽²⁸⁾.

Nel giudizio del Valenti si fondevano preparazione tecnica, acume politico, ma anche perspicacia giuridica. L'esperienza e l'ampia competenza professionale spinsero il Valenti ad una trattazione specifica relativa anche alla questione della costituzione di un demanio coloniale, argomento che trascendeva l'ambito specifico dell'incarico ricevuto dal ministro Bertolini. Non era infatti nei compiti della Commissione uno studio sulle condizioni giuridiche della proprietà fondiaria in Tripolitania. Ma « in pari tempo » —

⁽²⁶⁾ G. VALENTI, *Il problema sociale della colonizzazione. Premesse*, in *La Tripolitania Settentrionale*, cit., p. 361.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 368.

⁽²⁸⁾ VALENTI, *Il problema sociale*, cit., p. 402.

sostenne appunto Valenti — « come affrontare il problema della colonizzazione italiana senza considerare affatto la questione della disponibilità delle terre? » (29).

L'assetto della proprietà fondiaria era per il professore senese così centrale da porre l'inevitabile esigenza di aggiungere, alle altre questioni tecnico-agrarie esaminate, anche l'analisi di questo specifico tema giuridico che, se tralasciato, avrebbe reso le stesse considerazioni pratiche della Commissione « mancanti di una condizione fondamentale per lo sviluppo della nostra colonizzazione » (30). Preoccupato della limitata estensione delle terre demaniali in Tripolitania, egli avvertì con molta acutezza che il campo, dove la colonizzazione doveva svolgersi in un avvenire più o meno prossimo, era offerto dalle terre di *proprietà collettive o incolte* e che quindi immediatamente era da porsi la delicata e complessa questione sulla natura dei diritti che gli indigeni vantavano sulle terre di dominio collettivo e su quelle morte: *sul bisogno economico, che ad esse li avvince*, e sui procedimenti da seguire, *affinché le medesime*, pur rispettando i diritti e interessi legittimi, *possono essere usufruite dalla nostra colonizzazione*.

Di qui la necessità di procedere alla *conoscenza piena* delle condizioni dei territori per evitare le imperdonabili leggerezze della violazione dei diritti costituiti che in Eritrea furono « la causa principale della guerra con l'Abissinia » (31).

(29) G. VALENTI, *Della disponibilità delle terre per la colonizzazione e della costituzione di un demanio coloniale*, in *La Tripolitania Settentrionale*, Vol. II, *Studi complementari e illustrativi*, Roma 1913, p. 323.

(30) *Ibidem*.

(31) Ivi, p. 334. Sulla pessima esperienza della concessione di terre eritree, le osservazioni più sincere si leggono nella relazione di Ferdinando Martini pubblicata nel 1913. Il Regio Commissario Civile per la Colonia Eritrea addossò il fallimento dell'esperimento, avviato dal generale Barattieri con il suo avviso del 25 aprile 1895, alla violazione dei patti sottoscritti dai coloni italiani: « La maggior parte dei coloni non rispose alle speranze in essi riposte e non si curò della concessione ottenuta se non per farne illecito lucro. Alcuni affittarono senz'altro agli indigeni a canoni esorbitanti il terreno loro concesso, altri approfittando delle acque esistenti nella concessione o nei pressi, mentre per contratto avrebbero dovuto lasciare il libero uso agli indigeni, se ne servirono per imporre pedaggio, servitù di passaggio, altri taglieggiando gli indigeni tutte le volte che questi con il loro bestiame erano obbligati a passare nei pressi della concessione, altri infine inventarono delle mezzadrie usuraie in cui tutti i vantaggi erano

In ogni caso, per il Valenti, la dichiarazione di demanialità dei terreni, di cui le popolazioni al momento usufruivano per il pascolo o anche per la semina, non dovevano privare le medesime del loro godimento una volta provato che esse ne avessero diritto. « Il vincolo a cui verrebbero sottoposte avrebbe solo per effetto d'impedire che potessero quelle terre essere accaparrate dalla speculazione con danno non meno degli indigeni, o della più gran parte di essi, che dei futuri coloni italiani »⁽³²⁾.

Nel suo ragionamento, svolto con logica non solo economica, se da un lato sosteneva le ragioni della colonizzazione dall'altro, con sensibilità politica attenta alle esigenze dei nuovi sudditi africani, proponeva prioritariamente l'accertamento del sistema fondiario islamico vigente in Tripolitania.

Bisognava dunque indagare sulle specifiche esperienze giuridiche locali e costruire un sistema coloniale di certificazione immobiliare senza margini di ambiguità che riuscisse ad ottenere anche il consenso tacito della popolazione libica. In altre parole era opportuno realizzare con la massima sollecitudine un nuovo sistema catastale da sostituire a quello ottomano, peraltro in parte distrutto durante le operazioni belliche⁽³³⁾.

Tuttavia — poiché i registri fondiari ottomani venivano formati in base ai certificati rilasciati dall'*Iman* e dal *Mukhtár* ed una volta iscritta una proprietà nei registri si rilasciava al proprietario solo un certificato o titolo provvisorio, in attesa che da Costantinopoli fosse

per colui che gratuitamente aveva ottenuto la terra dal Governo e tutti gli oneri erano addossati al coltivatore indigeno con cui si era stretto il patto. Quasi tutti poi, contravvenendo i patti stabiliti nell'atto di concessione, adottarono i primitivi sistemi di coltura degli indigeni perché meno costosi, non apportarono miglioramenti di sorta al terreno concesso, né si curarono almeno di migliorare la produzione, selezionando le sementi » (*Atti Parlamentari, Legislatura XXIII, sessione 1909-1913, Camera dei Deputati, Relazione sulla Colonia Eritrea del Regio Commissario Civile, deputato Ferdinando Martini, per gli esercizi 1902-1907, presentata dal Ministro delle Colonie (Bertolini) nella seduta del 14 giugno 1913, Doc. LXII, vol. I, Roma 1913, pp. 167-168*).

⁽³²⁾ VALENTI, *Della disponibilità delle terre*, cit., p. 335.

⁽³³⁾ « I documenti catastali sono stati in parte distrutti. Andò in fiamme per la guerra, l'Ufficio di El-Hani, dove probabilmente si conservavano i documenti di Azizia. Sono stati invece miracolosamente conservati i documenti catastali esistenti a Ifren e a Zuára, e quando visitammo la Tripolitania erano nelle mani dei rispettivi residenti » (VALENTI, *Della disponibilità delle terre*, cit., p. 325).

rimesso il certificato definitivo — tutti i documenti catastali dell'Impero Ottomano si conservavano a Costantinopoli. Pertanto il governo italiano dell'epoca, subito dopo la pace di Losanna, richiese copia dei documenti relativi al territorio alla Libia ed in tempi brevi provvide anche alla loro traduzione.

In effetti, al Valenti fu sufficiente l'esame dei soli « documenti rinvenuti nell'Archivio di Tripoli » (34). Egli infatti, anche se in base ad una verifica parziale sui titoli ottomani, rilevò subito l'« esigua estensione di terre demaniali » (35). Questa scoperta determinò un forte senso di disillusione e sconforto nell'animo del professore di economia, come egli stesso ebbe a confessare. Di qui l'opportunità di prendere in considerazione la delicata e complessa questione della natura dei diritti sulle terre *metruké* e *muât*, ossia sui beni delle tribù di uso collettivo e sulle cosiddette terre morte; la riflessione giuridica era una necessità prioritaria anche perché questi beni, per la natura fiscale del catasto turco, non erano stati oggetto di accertamento e registrazione da parte dei funzionari ottomani. Per offrire un avvenire alla colonizzazione italiana era dunque indispensabile disporre dei relativi elenchi al più presto. Per contro scarso significato, ai fini della colonizzazione, assumeva la procedura di sostituzione dei titoli ottomani per gli immobili di proprietà privata, *mulk*, o già demaniali, *miri* (36).

4. *Il regime fondiario ottomano. La proposta ablativa dell'ispettore demaniale Giovanni Curis.*

Invero il sistema della proprietà così come regolamentato in Libia dal codice ottomano divideva il suolo in cinque categorie di beni immobili. Erano di proprietà privata o libera le terre *mulk* di cui i privati e gli enti morali avevano in proprio il godimento e la

(34) VALENTI, *Della disponibilità delle terre*, cit., p. 328.

(35) *Ibidem*.

(36) Sul Valenti esperto conoscitore delle proprietà collettive, rappresentate « dalle comunioni familiari e soprafamiliari in cui l'appartenenza dei beni è imputata a una comunità ininterrottamente vivente nella storia e che si concretano in forme organizzative, anche assai complesse di gestione di beni comuni », si è soffermato P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettiva*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, pp. 697-698 e p. 718.

libera disponibilità; di proprietà demaniale, le terre *miri*, ovvero quelle già appartenenti al demanio ottomano e comprendenti, come sosteneva il Padel, « les prairies, pâturages d’hiver et d’été, forêts et autres terres dont la propriété ‘rakkaba’ appartient au Beit-ul-mal, et dont l’Etat confère la possession »⁽³⁷⁾; di proprietà collettiva le terre *mutruké*, ossia le terre lasciate a disposizione d’uno o parecchi villaggi, a scopo di pascolo o di boschi e foreste per raccogliervi legna da ardere, in conformità delle consuetudini locali. I diritti dei villaggi e l’uso comune di queste terre potevano essere stabiliti per l’iscrizione fatta sui registri fondiari ottomani ma il più delle volte erano ugualmente fondati su altre prove. In effetti l’uso *ab antiquo* era il titolo più diffuso e incontestato di questi diritti.

Ancora, con riferimento alle categorie giuridiche delle terre enumerate dal codice ottomano, vi erano quelle *mevat*, ovvero terre morte perché da lungo tempo inabitate ed incolte destinate per l’istituto della *ihia* a divenire proprietà di chi vi impiegava capitale e lavoro, ed infine quelle cosiddette *vakouf*, destinate ad un fine di religione o di beneficenza.

In particolare il *vakouf*, categoria di beni tipica del diritto musulmano, era considerato dagli autori occidentali « una disposizione per cui la proprietà di una cosa, quanto alla sua natura, rimane nel disponente, e quella della rendita è data in elemosina »⁽³⁸⁾. In altre parole le terre *vakouf* erano quelle costituite in manomorta, ovvero immobilizzate per uno scopo pio e pertanto rese *extra commercium* anche se il proprietario che le costituiva in *vakouf* continuava ciò nonostante a disporre e ciò era garantito anche alla sua discendenza maschile e subordinatamente femminile finché non si esauriva, o ad eventuali devolutori⁽³⁹⁾. Sicché solo dopo l’estin-

⁽³⁷⁾ W. PADEL, *Législation foncière ottomane*, Paris 1904, p. 17.

⁽³⁸⁾ CURIS, *Studio sulla proprietà fondiaria in Libia*, cit., p. 133.

⁽³⁹⁾ « Il proprietario dell’immobile dichiara di fare il *vakouf* a favore delle città sante, oppure di una moschea, dei poveri della città, ecc. Tale dichiarazione basta, perché la cosa venga immobilizzata, ossia diventi proprietà di Dio ed *extra commercium*. Il costituente ne conserva il solo usufrutto, di cui può disporre *ad libitum*. Egli potrà rimettere tale usufrutto, senz’altro, all’amministrazione delle città sante; ma più spesso egli designa un ordine qualunque di devolutari, che, però, non può essere in nessun caso modificato » (CURIS, *Studio sulla proprietà fondiaria in Libia*, cit., p. 135).

zione dell'ultimo beneficiario l'usufrutto cessava e il bene veniva trasferito in piena proprietà all'Amministrazione dei *vakouf*.

Il problema fondiario si presentava, dunque, profondamente diverso nei suoi elementi caratterizzanti e di notevole complessità. Il regime giuridico islamico-ottomano delle terre non rispondeva affatto ai principi del diritto occidentale. In conseguenza, solo una volta registrate con il sistema dei libri fondiari italiani le diverse categorie di terre: *mulk*, *miri*, *metruché*, *vakouf* e *mevat*, si sarebbe individuata la consistenza del demanio coloniale. Era questa una via lenta, che tuttavia avrebbe evitato gli effetti perniciosi, anche da un punto di vista politico, dell'ammissione facile ed immediata dei coloni italiani alla colonizzazione agraria delle terre conquistate, peraltro affatto pacificate.

Ed allora cosa fare? Senz'altro procedere con gli accertamenti e gli accatastamenti all'occidentale, ma contemporaneamente applicare « una teoria malamente adottata dai francesi »⁽⁴⁰⁾ — come suggeriva l'avvocato Curis, ispettore centrale dei demani e usi civici, appena tre anni dopo l'impresa di Libia, nel 1914, quando tutto lo sforzo per la colonizzazione era concentrato soprattutto nella ricostruzione del catasto della Tripolitania — quella della *espropriazione per causa d'incoltura*, per cui tutte le terre non coltivate devono passare al demanio dei colonizzatori⁽⁴¹⁾.

Proprio la rapida risoluzione del problema della colonizzazione libica offriva al pragmatico ispettore lo spunto per attingere ad un tradizionale istituto di diritto pubblico in base al quale un soggetto, previa corresponsione di una giusta indennità, poteva essere privato, in tutto o in parte, di uno o più beni immobili di sua proprietà per causa di pubblico interesse legalmente dichiarata. Un procedimento espropriativo di diritti reali immobiliari preordinato dunque alla realizzazione della colonizzazione agraria. Soluzione che si richiama alle consuete superiori considerazioni di necessità ed utilità in questo caso fondate sul primato della *voluntas* coloniale.

Un'argomentazione che se sperimentava avrebbe consentito di

(40) Ivi, p. 199.

(41) *Ibidem*. Ed aggiungeva, con sommo avviso: « Essa costituisce uno dei migliori principi, che si potrebbero seguire nella riforma, ed a cui lo Stato dovrebbe rivolgere la sua attenzione ed il suo esame » (*Ibidem*).

assecondare rapidamente i disegni politici del governo italiano: « ne avrà grande giovamento lo Stato, il quale potrà in tal guisa procurarsi le terre per la colonizzazione » (42). Ed a sostegno della *pubblica utilitas* aggiungeva: « il sistema della espropriazione per causa d'incoltura, è conforme ai più puri principii del diritto religioso e civile musulmano, e, perciò appare giuridicamente e politicamente inattaccabile » (43).

Il fondamento specifico di questa particolare espropriazione — per il *Curis* — era offerto dallo stesso diritto musulmano. Bisognava quindi fondarsi sul diritto dei libici e sfruttarlo a vantaggio della colonizzazione. Infatti « la legge coranica, ispirandosi al principio dell'economia agraria e del lavoro, richiede quale *condicio sine qua non*, per poter diventare proprietario di una terra, la *vivificazione* che secondo la dottrina del malechita *Sidi Khalil*, dominante in Libia, e secondo anche il Codice Civile ottomano, deve consistere, non nel semplice dissodamento ma anche, in costruzioni e piantagioni. E, quando il proprietario per un certo tempo (Maometto dice per tre anni), che varia a seconda dei riti ortodossi, trascura la coltivazione della terra, egli perde ogni diritto al punto tale che se un altro individuo la occupa e la coltiva ne diventa il vero proprietario. Si è visto inoltre, come nelle stesse terre di cultura *miri*, quando il possessore ne trascuri la coltivazione, lo Stato ha il diritto di spossessarlo nonostante in questo caso sia tenuto a darle a coltivare ad altra persona della stessa tribù. In ogni caso, però, sia che si tratti di terre morte che di terre vive, il principio, che senza la cultura non si acquista o si perde la terra, è applicato in tutta la sua pienezza. Noi, quindi, espropriando il possessore della terra incolta non faremo che attenerci alle norme del diritto islamico » (44).

In effetti l'approccio del *Curis* al diritto musulmano, attraverso la capziosa citazione ed applicazione della giurisprudenza malechita e hanafita, esprimeva una infedele, approssimativa ed interessata conoscenza del sistema giuridico islamico. La sua duttilità cognitiva, diretta a considerare con disinvoltura i vantaggi delle norme islamiche, segnalava il tentativo di un loro uso specificamente ed esclusi-

(42) *Ibidem*.

(43) *Ivi*, p. 200.

(44) *Ibidem*.

vamente strumentale. Una fruizione destinata a dare fondamento alla legislazione coloniale e dunque da integrarsi nel contesto giuridico autoritativo del dominio italiano.

Una lettura infedele del diritto musulmano destinata ad esercitare grande suggestione negli anni a venire nei confronti del funzionario preposto dal governatore Volpi alla direzione dell'Ufficio di Colonizzazione della Tripolitania. Il riferimento è al conte Cavazza di cui si parlerà più oltre ⁽⁴⁵⁾. Per ora, restando all'interesse pretestuoso per le fonti giuridiche indigene espresso dal Curis, va detto che egli tuttavia avvertiva il pericolo di un esproprio generalizzato. Infatti invitava comunque ad evitare abusi, ritenendo dannoso, nel rapporto con le popolazioni libiche, il ricorso agli atti ablativi eccessivi: « in tale espropriazione si dovrà procedere nella misura e con le forme, che non la facciano ritenere per una spoliazione. Così, abbiamo visto che le tribù hanno il godimento per il pascolo di molte terre incolte. Dovranno le medesime, come si è fatto in Francia essere espropriate, perché tali terre sono lasciate allo stato di natura? Noi riteniamo di no; e che così agendo si compirebbe opera contraria al diritto e alla economia di quelle popolazioni » ⁽⁴⁶⁾.

Dunque, perché fosse applicata l'espropriazione per causa d'incoltura, non bisognava « turbare troppo violentemente le condizioni degli indigeni, e non dar luogo a proteste e ostilità » ⁽⁴⁷⁾. Non si sarebbe infatti fatta « opera buona di politica e di giustizia, se a quelle tribù, fra cui la pastorizia costituisce la principale risorsa, e che *ab antiquo* hanno esercitato il pascolo sulle terre pubbliche, venissero queste tolte ad esse solo perché non sono state coltivate » ⁽⁴⁸⁾.

5. *Sovranità italiana e proprietà dello Stato coloniale nelle riflessioni di Ausonio Franzoni.*

Invero la proposta del pragmatico ispettore dei demani non trovò

⁽⁴⁵⁾ Su Filippo Cavazza, dinamico funzionario dell'era Volpi, rinvio ai paragrafi nn. 11 e 12.

⁽⁴⁶⁾ CURIS, *Studio sulla proprietà fondiaria in Libia*, cit., p. 200.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 201.

immediata accoglienza tra gli artefici della politica coloniale e di certo non già per la sua considerazione strumentale del diritto musulmano. I motivi erano altri, perché proprio le linee collaudate della tradizione giuridica occidentale sconsigliavano il ricorso all'espropriazione. Il potere dello Stato di privare i sudditi del diritto di proprietà in particolari beni creava un vero e proprio rapporto di diritto pubblico i cui elementi erano le parti — espropriante, espropriato — l'oggetto e l'indennizzo. In tal modo il ricorso ai provvedimenti ablatori reali della madrepatria non escludeva l'accertamento del soggetto o dei soggetti a carico dei quali era promossa la procedura, espropriativa, inoltre presupponeva sempre una dichiarazione specifica di pubblica utilità ed in ogni caso il pagamento di un indennizzo. In conseguenza l'esproprio richiedeva comunque l'approvazione di un piano che dichiarava la pubblica utilità della procedura, un'attività di accertamento catastale, nonché la disponibilità di risorse *ad hoc* nel bilancio della colonia. Peraltro, all'inizio i colonizzatori italiani, nonostante la complessità del sistema fondiario arabo, nutrivano la speranza, attraverso le procedure di indemanimento di beni *miri* di accaparrare sufficiente terreno coltivabile.

Inoltre in quegli stessi anni altre tesi erano state formulate per facilitare la colonizzazione. Esaminando la produzione giuridica italiana degli anni immediatamente successivi allo sbarco a Tripoli emerge un variegato ventaglio di posizioni. Una linea di condotta atipica rispetto alla procedura dell'iscrizione catastale vigente nel Regno da tenere nella formazione del Catasto Coloniale era stata avanzata sin dal 1912 da Ausonio Franzoni, autore di vari articoli sull'emigrazione e sulla necessità di provvedimenti diretti a regolare e dirigere le correnti migratorie ⁽⁴⁹⁾.

Secondo Franzoni « prima che un regolare catasto possa formarsi nella Libia e si possano, quindi, inoltrare i relativi reclami, dovrebbero trascorrere lunghi anni, durante i quali l'opera di colonizzazione sarebbe necessariamente paralizzata » ⁽⁵⁰⁾. Questo orien-

⁽⁴⁹⁾ A. FRANZONI, *L'emigrazione della Basilicata: Rapporto a S.E. Giuseppe Zanardelli*, Brescia 1903; Idem, *L'emigrazione transatlantica italiana*, Buenos-Aires 1906; Idem, *Provvedimenti atti a regolare, frenare e dirigere le correnti migratrici*, Roma 1908.

⁽⁵⁰⁾ A. FRANZONI, *Colonizzazione e proprietà fondiaria in Libia con speciale riguardo alla religione, al diritto ed alle consuetudini locali*, Roma 1912, p. 152.

tamento fu da lui espresso nella prospettiva soprattutto di una coerente strategia politica che avrebbe dovuto finalmente incidere in maniera determinante nel mutare la rotta dell'emigrazione italiana. Pertanto « l'iscrizione d'ufficio deve abbandonarsi. Ogni proprietario deve affrettarsi a chiederla egli stesso »⁽⁵¹⁾ e per quanto in modo specifico riguardava la Libia doveva imporsi anche un termine breve « entro il quale tutti coloro che vantino qualche diritto di proprietà, di usufrutto, di devoluzione, di canone o d'altro dominio, transitorio o perpetuo sul qualsivoglia immobile, debbano farlo valere »⁽⁵²⁾.

Per Ausonio Franzoni era del tutto illusorio attribuire attendibilità ai registri ottomani per la Libia una volta ottenuti in copia da Costantinopoli, « dato il diverso regime successorio cui sono sottoposte le varie categorie (*miriè, mulk e vakuf* specialmente), nonché la tendenza a sminuzzare in porzioni persino insignificanti (un 30° od un 100°) il diritto di proprietà, di uso o di godimento d'ogni immobile »⁽⁵³⁾. Nell'impostare i rapporti con le popolazioni arabe, lo studioso dell'emigrazione era dunque molto meno attento alle loro esigenze sul piano delle pretese fondiari della colonizzazione.

Senza paventare alcun pericolo per l'occupazione italiana e temendo anzi forme di accondiscendenza verso i diritti delle popolazioni indigene in conformità delle antiche consuetudini, non escludeva « l'opportunità d'un Sovrano Decreto che dichiarasse di proprietà dello Stato fin dal giorno della proclamazione della sovranità italiana in Libia tutti i beni immobili, a qualsiasi categoria essi appartengano, SALVI I DIRITTI DI RIVENDICAZIONE PREESISTENTI di Comunità o di privati, da dimostrarsi coi titoli relativi o con prova equivalenti »⁽⁵⁴⁾.

In realtà il Franzoni era un acceso sostenitore delle colonie di popolamento⁽⁵⁵⁾ e pur riducendo di molto le cifre ottimistiche di

⁽⁵¹⁾ *Ibidem.*

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 153.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 171.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 175.

⁽⁵⁵⁾ Il Franzoni non aveva neppure soverchie preoccupazioni per il problema religioso: « riguardo alla religione musulmana sarebbe un errore, se intendessimo eccessivamente preoccuparcene; sì da considerarla come un'area santa alla quale non si debba toccare. Tutto ciò che in essa vi ha di razionale e di consentaneo ad un regime civile potrà e dovrà anche indefinitamente, mantenersi; ma tutto ciò che v'ha in essa

coloro che avevano sostenuto l'impresa di Libia era convinto che « almeno la quinta parte del territorio conquistato (oltre 200.000 Km²), possa, *in epoca non soverchiamente lontana*, venir portata nell'orbita del lavoro italiano » ⁽⁵⁶⁾.

Sostenitore di un programma governativo di colonizzazione ufficiale, iniziata, diretta, controllata ed anche convenientemente sussidiata dallo Stato, il Franzoni considerava *una stoltezza* lasciar credere alla popolazione indigena « che ci possano impunemente esser nemici, e che la terra che ad essi non serva debba rimanere, indefinitivamente infeconda » ⁽⁵⁷⁾. In un paese in cui la terra per il pascolo ed anche per la semina era per lo più di proprietà collettiva, il Franzoni si faceva portavoce di istanze decisamente autoritarie che spingevano verso soluzioni radicali. I nodi fondamentali della colonizzazione fondiaria andavano nettamente recisi da parte delle autorità italiane ed al più presto.

In effetti il Franzoni aveva del territorio libico una conoscenza assai superficiale e per questo molto ottimistica era la sua valutazione anche per quanto riguardava il controllo politico-militare della colonia d'Oltremare ⁽⁵⁸⁾. Opinioni invero ampiamente divulgate in madrepatria sia prima che dopo la conquista della Libia. L'entusiasmo è infatti evidente in molta stampa dell'epoca e può essere letto come un tentativo per orientare la mutevole opinione pubblica italiana verso le imprese coloniali.

d'incompatibile con un moderno ordinamento sociale deve, decisamente, eliminarsi » (FRANZONI, *Colonizzazione e proprietà fondiaria in Libia*, cit., p. 26).

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 18. Ed aggiungeva: « Basterebbe che in vent'anni, riuscissimo a coltivare razionalmente solo 25.000 Km² tra la costa e il Gebel, introducendovi centoventimila famiglie di coloni (quante ne mandiamo presentemente, in un solo anno in paese straniero) per portare già quelle colonie ad una stupefacente prosperità ». In realtà l'arrivo di alcune migliaia di coloni si verificò molti anni dopo, nel 1938; sulla colonizzazione dei *Ventimila* e sul sistema delle concessioni dell'ultimo periodo fascista, cfr. i lavori di F. CRESTI, *Oasi di italianità: La Libia della colonizzazione agraria tra fascismo, guerra e indipendenza 1935-1956*, Torino 1996; Idem, *Dalla repressione alla politica araba della colonizzazione agraria della Libia. Alcune considerazioni*, in « Africana », 1999, pp.79-95; Idem, *Progetto sociale e territorio nella colonizzazione demografica della Libia (1938-1940)*, in « The Journal of Libyan Studies », I, 2000, 1, pp. 78-91.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 21.

⁽⁵⁸⁾ Al riguardo N. LABANCA, *Oltremare Storia dell'espansione coloniale italiana*, Bologna 2002, pp. 172-178.

Un fenomeno socialmente diffuso che vide impegnati anche uomini politici dell'area socialista come Giuseppe De Felice Giuffrida, già corrispondente da Tripoli per *Il Corriere di Catania*, il quale, senza alcun rispetto per la verità e con spudorata esagerazione, affermò che « l'oasi, stretta in principio, si è andata a poco a poco allargando, costituendo essa sola un terreno ubertosissimo, della estensione, in tutta la Tripolitania, di oltre 300.000 chilometri quadrati più di tutto l'attuale territorio italiano » (59).

Da questo entusiasmo non fu però travolto il governo liberale che prontamente inviò in Libia esperti per lo studio agronomico della Tripolitania. In effetti per il Valenti, già inviato a collaborare in precedenza per porre riparo agli inconsulti e famosi decreti di demaniazione delle terre in Eritrea (60), nella sua relazione aggiuntiva sulla costituzione di un demanio coloniale in Libia, dopo aver considerato il problema della disponibilità delle terre per la colonizzazione ed aver dichiarato la sua preoccupazione per le *gravi affermazioni* del Franzoni ritenute prive di fondamento (61), si dichiarava convinto della necessità di dichiarare la demanialità soltanto « delle terre *metruke* e *muât* e cioè di tutte le terre, che dall'accertamento fondiario non risultino di proprietà privata (*mulk*), di demanio fiscale (*mîri*) o spettanti alle fondazioni religiose e pie (*vakuf*) » (62).

6. *I limiti della prima legislazione per la formazione dei libri fondiari per la Libia.*

In concreto i governi liberali si mostrarono inizialmente molto più prudenti rispetto alle indicazioni provenienti da più parti, le quali invitavano ad adottare spedite soluzioni pragmatiche. Nella

(59) G. DE FELICE GIUFFRIDA, *Il problema dell'ordinamento fondiario ottomano*, in « Il Messaggero », 22 gennaio 1912.

(60) Sul tentativo di colonizzazione in Eritrea, oltre al commento di Martini riportato nella nota 31, R. RANIERO, *I primi tentativi di colonizzazione agricola e il popolamento dell'Eritrea 1890-1895*, Milano 1960.

(61) VALENTI, *Della disponibilità delle terre*, cit., p. 324.

(62) Ivi, p. 334. La grafia occidentale dei vocaboli arabi è quella in uso all'epoca, così come adottata da ciascun autore; di qui le differenti denominazioni della stessa categoria di beni proprie dei testi consultati.

prima fase fu infatti imboccata con convinzione la via dell'accertamento prioritario della reale natura delle terre libiche ⁽⁶³⁾. La prima produzione legislativa in materia risultò così poco efficace per l'auspicata colonizzazione.

Con il *Regio Decreto 26 gennaio 1913 n. 48* pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'11 febbraio 1913 n. 34 si dispose l'accertamento dei diritti fondiari esistenti nella Tripolitania e nella Cirenaica attraverso l'istituzione di un apposito registro generale che doveva contenere tutte le indicazioni necessarie per l'esatta determinazione dei fondi e degli aventi diritto dei medesimi. A tale compito avrebbero provveduto appositi uffici fondiari da istituire con decreto ministeriale nei principali centri della colonia. Per gli accertamenti compiuti sia in via provvisoria che definitiva, era ammessa impugnativa davanti l'autorità giudiziaria locale « da chiunque vi abbia interesse » ⁽⁶⁴⁾. Con il *decreto ministeriale 20 luglio 1913*, pubblicato nel Bollettino Ufficiale del Ministero delle Colonie n. 7, Luglio 1913, vennero poi emanate le norme istitutive degli Uffici Fondiari ed affidata la direzione ad un magistrato del Regno o delle Colonie, o ad un funzionario del Regno o delle Colonie provvisto di laurea in giurisprudenza ⁽⁶⁵⁾.

Nel complesso fu promulgata una disciplina molto simile a quella della madrepatria in materia di accatastamenti; una normativa che richiedeva operazioni di accertamento non adatte alla realtà fondiaria libica, quale era stata illustrata e descritta dagli esperti

⁽⁶³⁾ Cfr. le interessantissime e documentate pagine sulle iniziative dei ministri San Giuliano, Nitti e Bertolini di A. DEL BOCA, *Gli italiani in Libia. Tripoli bel suol d'amore. 1860-1922*, Bari 1986, pp. 249-260.

⁽⁶⁴⁾ *Regio Decreto 26 gennaio 1913 n. 48*. Ai sensi dell'articolo 9; l'impugnativa era consentita « per dolo, falso, errore sostanziale di fatto, o quando si sia recuperato un documento decisivo che non siasi potuto prima produrre per fatto della parte contraria o per caso di forza maggiore, ovvero quando l'accertamento sia contrario ad altro relativo al medesimo oggetto ».

⁽⁶⁵⁾ *Decreto Ministero delle Colonie 20 luglio 1913*, articolo 3. Il Ministero delle Colonie provide poi alla pubblicazione in lingua italiana ed araba del suddetto decreto con un volumetto dal titolo *Ordinamento Fondiario nella Tripolitania e nella Cirenaica*, Tripoli 1914, contenente anche i RR.DD. 26 gennaio 1913 n. 48 e 29 giugno 1913 n. 838, l'opera a stampa è conservata presso l'Archivio Storico Diplomatico del Ministero degli Esteri tra i documenti dell'*Archivio Storico del Ministero dell'Africa Italiana*, d'ora in poi ASMAI, Inv. Supp. IV, Fondo Caroselli, cassetta 10, fasc. 8).

inviati *in loco*, prima dal Nitti e poi dal Bertolini attraverso la nomina tempestiva di due commissioni, il tutto a scapito di quella rapida certezza del diritto alla quale si aspirava. I criteri a cui ci si doveva attenere per l'accatastamento erano complessi e richiedevano operazioni macchinose e lente i cui risultati definitivi venivano sostanzialmente affidati ad una successiva pronuncia giurisdizionale del giudice regionale.

In definitiva il meccanismo istituzionale risultava destinato ad assicurare una difesa effettiva degli interessi fondiari locali in una maniera che era incompatibile con il progetto della colonizzazione. In altre parole, la normativa varata dal Bertolini non veniva incontro alle rivendicazioni dei colonialisti e disattendeva le indicazioni pragmatiche degli esperti ministeriali che non avevano trascurato di considerare l'esigenza politica della pacificazione.

La scelta legislativa invero anticipò i risultati della Commissione, nominata l'11 febbraio 1913, che concluse i suoi lavori con rapidità ma non prima del dicembre 1913. Le norme legislative riguardanti l'accertamento dei diritti fondiari in Libia ⁽⁶⁶⁾ erano addirittura del mese precedente, gennaio 1913, — ossia prima della partenza degli esperti per Tripoli — ed il decreto ministeriale attuativo porta la data del 20 luglio 1913. In breve, mentre a Tripoli Ghino Valenti raccoglieva gli elementi per le sue relazioni economiche e meditava anche su come costituire il demanio coloniale in Libia, i burocrati del nuovo Ministero delle Colonie avevano già tratto le loro conclusioni e sottoposto all'approvazione ministeriale anche il regolamento per il funzionamento degli Uffici Fondiari in Libia.

In pratica, quando la commissione il 20 luglio 1913, come ricorda il suo presidente professor Parona, ebbe a riunirsi per la prima volta a Roma per i lavori di confronto e di coordinamento, proprio in quello stesso giorno e probabilmente nella medesima sede, il ministro Bertolini firmava il decreto attuativo per l'accertamento dei diritti fondiari nella Tripolitania e Cirenaica ⁽⁶⁷⁾.

Molto probabilmente un ruolo decisivo per la rapida approvazione dell'ordinamento fondiario libico fu svolto da Mariano D'Amelio, all'epoca coinvolto anche nell'elaborazione dell'ordina-

⁽⁶⁶⁾ *Regio Decreto 26 gennaio 1913*, cit..

⁽⁶⁷⁾ Cfr. PARONA, *Lettera — Introduzione*, cit., p. XXIV.

mento giudiziario per la nuova colonia d'Oltremare ⁽⁶⁸⁾. Nel suo articolo apparso nel 1912 sono infatti anticipati, anche riguardo all'ordinamento fondiario libico, le linee poi seguite dal legislatore ⁽⁶⁹⁾. Un ruolo autorevole che il giudice Giuseppe La Rocca non mancò di segnalare, condividendo la sua tesi dell'opportunità di una tutela giuridica italiana per i diritti degli indigeni. Un processo che impropriamente veniva definito « d'islamizzazione degli istituti giuridici d'Occidente » ⁽⁷⁰⁾ ma in realtà consisteva nel semplice obiettivo di rendere accettabili per le popolazioni musulmane la legislazione italiana in sostituzione degli ordinamenti giuridici preesistenti alla colonizzazione.

La legislazione fondiaria coloniale italiana del 1913 non fu dunque uno strumento formalmente legittimo di spoliazione degli indigeni, ma neppure un mezzo creato per conciliare i loro diritti con le esigenze della colonizzazione. Si aboliva il regime fondiario anteriore e si ammetteva i libici a fruire di un regime di tipo europeo che tuttavia togliendo loro i vantaggi e le difese delle proprie leggi e consuetudini, li costringeva a sopportare del nuovo sistema solo i pesi e gli svantaggi delle complesse procedure proprie dello Stato occupante, senza ridurne il temuto malcontento e lo sconvolgimento della loro economia. In concreto il beneficio che con questa normativa riuscì a ricavare lo Stato italiano fu di gran lunga inferiore al danno arrecato alla politica indigena.

7. *Proposte di colonizzazione militare. Le pessimistiche considerazioni di Luigi Einaudi: dal diritto all'economia.*

Le scarse indemaniazioni, per la lentezza dell'opera di ricognizione dei diritti di proprietà degli immobili secondo la classificazione ottomana e la conseguente impossibilità di attuare una colonizzazione di qualche importanza, fecero venire allo scoperto alcune

⁽⁶⁸⁾ Sul coinvolgimento del D'Amelio nell'elaborazione dei provvedimenti legislativi per la Libia rinvio a L. MARTONE, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Napoli 2002, pp. 103 e ss..

⁽⁶⁹⁾ M. D'AMELIO, *Per l'ordinamento giuridico della Tripolitania e della Cirenaica*, in « Rivista di diritto pubblico », IV, 1912, Parte Prima, in particolare pp. 16-17.

⁽⁷⁰⁾ G. LA ROCCA, *Il regime della proprietà fondiaria e la colonizzazione agricola in Libia*, in « Il Filangieri », XXXVII, 1912, p. 197.

minimali e duttili proposte di colonizzazione, presentate come poco dispendiose ed immediate.

Un aperto favore nei confronti della colonizzazione militare fu manifestato in una pubblicazione dell'Accademia dei Georgofili. Gli autori — sulla premessa che i paesi nuovi richiedono un notevole impiego di capitali in lavori pubblici nel tempo stesso che il crescente commercio e l'impiantarsi d'impresе capitalistiche, agricole e industriali attirino nella colonia numerose maestranze ed operai qualificati (71) — prospettavano una soluzione transitoria.

In altri termini l'opera di colonizzazione, nel periodo iniziale e quindi prima che una colonia come la Libia, posta a poche ore dalle nostre coste, riuscisse ad attrarre « non poche e forti imprese capitalistiche pronte a dedicarsi allo sfruttamento terriero » (72), poteva ragionevolmente essere affidata all'azione dell'esercito, forse il mezzo più pratico e meno dispendioso per mettere in valore la colonia.

Da questa prospettiva, un altro più convinto sostenitore del soldato-colono, si affrettò a precisare che « nella prima fase di conquista e di pacificazione l'esercito, oltre la sua grave mansione prettamente militare, pone le basi di una organizzazione amministrativa e politica. L'organizzazione, appena abbozzata dal regime militare, sarà continuata e completata in seguito dal governo civile — al quale spetta l'inizio e lo sviluppo — del secondo periodo, cioè di mettere in valore la nuova terra. Noi riteniamo che anche la seconda fase possa essere iniziata dall'esercito con grande economia

(71) G. BARTOLOMEI-GIOLI, C. MANETTI, *Il regime fondiario indigeno in Libia e la colonizzazione. Note preliminari lette nell'Adunanza ordinaria del 19 gennaio 1913*, in « Atti della Reale Accademia economico-agrafia dei Georgofili di Firenze », V Serie, X, 1913, p. 80. Le considerazioni degli autori delle *Note* presentavano il problema della colonizzazione agraria in una prospettiva *schiettamente liberista* dove l'opera che il governo sarebbe stato chiamato a svolgere non era quello di « fornire terra al colonizzamento purgata da diritti o servitù da parte di nativi [...] permettere i trapassi di proprietà da indigeni e non indigeni » (Ivi, p. 82), come era avvenuto con i provvedimenti di recente varati dal governo Giolitti, ma di « sorreggere invece nei primi passi e con opportune provvidenze incoraggiare i capitalisti piccoli, grossi e medi che dimostrino di possedere attitudini e mezzi proporzionati alla loro impresa, *astenersi sempre dall'intraprendere*, sia pure in via d'esperienza, *la colonizzazione ufficiale* a base di anticipazioni di cui la storia registra il fallimento » (Ivi, p. 83).

(72) Ivi, p. 80.

dello Stato, il quale, dovendo mantenere una sufficiente guarnigione a difesa della colonia, se ne possa anche valere per compiere quei lavori necessari a formare l'ambiente favorevole ad un celere incremento. I soldati coloniali potrebbero fornire i primi coloni, ed essere i primi e più perfetti educatori della popolazione indigena » (73).

Il Bartolotti, ufficiale dell'esercito, non era affatto preoccupato delle complicazioni prodotte dalla colonizzazione ufficiale. La sua proposta aveva motivazioni diverse, dettate da un autentico razzismo: « La colonizzazione moderna si estrinseca in una azione metodica di uno stato di civiltà superiore su un popolo di razza inferiore, con organizzazione difettosa o primitiva. Produce un'azione profonda sul popolo e sul territorio: ha per effetto di introdurre e propagandare la civiltà, che però non può conservarsi indefinitivamente né inculcarsi, senza l'influenza continua e diretta del popolo civilizzatore » (74).

E per porre fine allo stato di guerra, la sua proposta tattica non era dissimile da quella che renderà vincente la brutale azione di Graziani: « Razziare e distruggere; fare il deserto è il sistema migliore, l'argomento più persuasivo per domare quella gente ribelle » (75). Il colono soldato avrebbe ricevuto dal Comandante del Presidio un titolo di occupazione provvisorio che si sarebbe tramutato in un vero titolo di proprietà definitivo dopo un periodo minimo di tre anni. A quest'opera di pioniere della colonizzazione agraria si sarebbe aggiunta anche quella di primo educatore degli indigeni: « il soldato nazionale [...] può insegnare agli indigeni, i mestieri, le arti, i sistemi più evoluti della coltivazione del terreno e di sfruttamento delle risorse locali » (76).

A questa linea invero non si attenevano i relatori dell'Accademia dei Georgofili, il loro suggerimento non era così rozzo e velleitario, ma partiva semplicemente dall'osservazione che « in tutte le colonie presidiate da milizie metropolitane, fra i soldati e i sottoufficiali congedati non pochi ve ne sono desiderosi di fissarsi sulla terra. Ora è su questi elementi appunto che noi dobbiamo fare affidamento

(73) D. BARTOLOTTI, *La colonizzazione militare in Libia*, Padova 1914, p. 33.

(74) Ivi, pp. 24-25.

(75) Ivi, p. 94.

(76) Ivi, p. 34.

come quelli che assistiti da una sufficiente conoscenza dell'ambiente a cui già si sono assuefatti, scortati dai loro risparmi, posseggono i migliori coefficienti di fortuna » (77).

Le considerazioni così svolte erano prive di risvolti ideologici e valide solo nel breve periodo. Le premesse erano oltre: Bartolomei, Gioli e Manetti erano ben convinti che la colonizzazione richiedeva un processo lungo legato alla realizzazione prioritaria di strutture essenziali, all'impiego di capitoli non solo italiani ma anche stranieri.

Era insomma la tesi che Luigi Einaudi, appena l'anno prima, aveva enunciato in una serie di articoli apparsi sulla *Riforma Sociale*, e sul *Corriere della Sera*. Una voce difforme di severa critica all'infatuazione dell'opinione pubblica italiana, quella del giovane economista, convinto assertore dell'improduttività della nuova colonia per il bilancio dello Stato italiano. Secondo Einaudi era iniziata un'opera di sacrificio per lo Stato e per i sudditi italiani considerati nella loro qualità di contribuenti, tutto ciò senza alcuna speranza di ritorno prossimo o lontano mentre i nostri emigranti non erano di certo persone che potevano aspettare guadagni dall'oggi a dieci o vent'anni.

Mentre venivano pubblicati gli articoli di Einaudi, la conquista della colonia ogni giorno di più dimostrava di non poter essere compiuta con facilità: credere dunque che la Tripolitania potesse essere feconda di guadagni, in tempi brevi per la madrepatria « sarebbe un prepararsi alle sorprese peggiori » (78).

Per di più era del tutto controproducente un progetto di colonizzazione ufficiale che avrebbe concentrato l'intervento dello Stato in una direzione diretta a scoraggiare gli investimenti di capitali privati italiani e stranieri. Gli interventi dello Stato dovevano essere invece solo indiretti: costruzione di strade, ferrovie, acquedotti.

Per lo studioso di economia discorrere di colonizzazione rapida in Libia era pazzesco e non solo per le contingenze belliche; le

(77) BARTOLOMEI-GIOLI, MANETTI, *Il regime fondiario indigeno in Libia*, cit., p. 80.

(78) L. EINAUDI, *A proposito della Tripolitania. Considerazioni economiche e finanziarie*, in « La Riforma Sociale », XVIII, 1911, Vol. XXII, p. 604. Einaudi si diceva certo « che nemmeno lo stesso turco, sebbene pochissimo abbia fatto per la Tripolitania e si limiti a sfruttarla con tributi, abbia un tornaconto *economico* a conservare quelle province. Sarà una liberazione per l'erario turco, quando l'avrà perdute. E sarà una cagione perenne di spese per noi che l'avremo conquistate » (*Ibidem*).

culture andavano infatti impiantate su terreni ancora « da redimere sul deserto minacciante » (79), inoltre andava trovata l'acqua, scavati i pozzi, costruiti i serbatoi e gli acquedotti per irrigare le terre coltivabili. « La colonizzazione verrà — scriveva nel 1911 il futuro Presidente della Repubblica Italiana — ma sarà l'opera di decenni e di secoli [...]. Il che val quanto dire che la Tripolitania non è e non sarà per un pezzo un succedaneo dell'America per l'emigrante *povero*, che va all'estero non per impiegare risparmi già formati, ma per costruire appunto col lavoro il risparmio » (80). La terra della Tripolitania era di una qualità tutta diversa da quella che aveva attirato ed attirava decine di migliaia di italiani nel nuovo mondo.

Peraltro, anche solo pensare di creare un sistema economico chiuso « a pro delle diverse combriccole d'imprenditori privilegiati che già deliziano l'Italia » (81), rappresentava un madornale errore di politica economica. Il governo italiano, *non dando ascolto alle indecenti sfuriate xenofobe*, doveva almeno instaurare il regime della *porta aperta* così come realizzato dall'Inghilterra in Egitto. In questa prospettiva il decreto Caneva sul divieto di vendita dei terreni gli appariva una soluzione del tutto antitetica all'esigenza di aprire la Libia al capitale internazionale: « un catenaccio nel territorio tripolino contro gli stranieri » (82). Ed i *più rancidi pregiudizi mercantilisti* venivano resuscitati con l'annuncio dei successivi provvedimenti governativi per la proprietà fondiaria.

Einaudi in definitiva censurò le motivazioni della colonizzazione senza soffermarsi sulla normativa attuativa. Nella sua decisa presa di posizione il discorso era diretto a contrastare gli obiettivi politici ed economici che il governo italiano intendeva perseguire in Libia, in breve il progetto complessivo di colonizzazione non le modalità di attuazione.

(79) Ivi, p. 612.

(80) Ivi, p. 613.

(81) L. EINAUDI, *A proposito della Tripolitania. Ottimismo o pessimismo coloniale*, in « La Riforma Sociale », XVIII, 1911, XXII, p. 755.

(82) Ivi, p. 755.

8. *Catasto e colonizzazione ufficiale. Il lavoro degli Uffici Fondiari. Verso la « spigliatezza procedurale ».*

Per il programma governativo, catasto e colonizzazione ufficiale erano invece determinanti e strettamente collegati. La formazione del catasto libico era infatti essenzialmente finalizzata alla individuazione del demanio coloniale. I procedimenti di accertamento catastale non erano diretti alla certificazione della proprietà terriera nella Libia *tout court*, ma a fare certezza probatoria solo a vantaggio dei futuri coloni (83). Gli uffici del catasto dovevano curare innanzitutto l'accertamento delle terre *mulk* e delle terre *miri*: obbligatorio era per i proprietari far richiesta di accertamento.

In un documento dell'ufficio legislazione e giustizia del Ministero delle Colonie, datato novembre 1913, che tra l'altro accenna all'attuazione dell'ordinamento fondiario in Libia, si legge che « fu provveduto alla istituzione degli Uffici di Tripoli e Bengasi a capo dei quali sono stati posti due magistrati » e che inoltre « sono pervenute intanto da Costantinopoli le copie autentiche dei registri del *Defter Khanè* contenenti le iscrizioni per circa 100.000 proprietà e si è proceduto alla loro traduzione, ormai ultimata, ed esse serviranno utilmente di ausilio e di controllo per gli accertamenti delle proprietà private » (84).

Ma il lavoro doveva concentrarsi al più presto sull'individuazione delle terre effettivamente coltivabili « per l'importanza giuridica che ha la questione, quanto per gli effetti d'ordine patrimoniale che involgerebbe la dichiarazione e l'affermazione del dominio pubblico su terre di coltura fra le migliori della colonia » (85).

Il ritardo nel 1915 era grande e meritava di essere recuperato

(83) Su questo punto S. SPADA, *La colonizzazione nella Libia. Ristampa di uno Studio pubblicato nell'aprile del 1912 con aggiunta di un capitolo e note*, Bologna 1914, p. 41. In concreto, non è possibile verificare questa affermazione perché la documentazione catastale non è conservata negli archivi italiani. Solo una ricerca in Libia potrebbe colmare questa lacuna e consentire l'esame dell'effettivo lavoro degli uffici fondiari, degli accertamenti d'ufficio compiuti, delle scelte territoriali effettuate, degli eventuali ricorsi, delle questioni affrontate e delle motivazioni delle decisioni, infine degli accordi stipulati con le popolazioni locali.

(84) *Riservata — personale a S.E. il Governatore di Tripoli del novembre 1913*, in Inv. ASMAI, Vol. III, 1879-1955, Varie, pacco 156.

(85) R. COLUCCI, *Sull'ordinamento fondiario della Libia*, in « Rivista di diritto pubblico », VII, 1915, Parte prima, p. 515.

sollecitamente. In effetti, una volta prescelta la soluzione di prender le mosse dalla legislazione ottomana, pur avendo escluso la redazione di un catasto geometrico, l'opera degli uffici si dimostrava particolarmente lenta. La procedura degli accertamenti provvisori comprendeva un'istruttoria da parte dell'Ufficio fondiario, che andava poi resa pubblica per consentire l'esercizio del diritto di opposizione davanti il Capo dell'Ufficio stesso contro i risultati dell'istruttoria. La decisione sul ricorso veniva emessa dopo aver sentito le parti e la speciale Commissione consultiva. Se l'opposizione veniva respinta si procedeva ad iscrizione provvisoria che poteva essere impugnata, da chiunque vi avesse interesse, entro il termine di due anni innanzi al Tribunale regionale. Insomma si arrivava all'iscrizione definitiva solo se trascorrevano senza ricorso due anni da quella provvisoria ovvero se il Tribunale rigettava l'eventuale impugnativa ma in questo caso i tempi erano ancora più lunghi.

Questa procedura rendeva oggettivamente difficili le istruttorie di accatastamento che peraltro furono notevolmente rallentate dalla iniziale conversione dei titoli di proprietà ottomani che riguardavano i beni *mulk* e *miri* ovvero quelli di proprietà privata e già demaniale. In tal modo la verifica dei beni *muat* ovvero quelli incolti definiti terre morte e dei beni collettivi *metrukè* vacanti ad uso degli abitanti di uno o più villaggi, non registrati nei libri ottomani ma diretti a promuovere la colonizzazione italiana, venne di fatto ritardata. Per contro già dai primi accertamenti era risultata evidente l'insufficienza dei beni demaniali ottomani. Pertanto, nell'economia degli accertamenti sarebbe stato opportuno dare priorità alla verifica dei diritti di proprietà sulle terre *muat* e *metrukè*, per promuovere al più presto la valorizzazione agraria, come suggerito dal Valenti.

Dare impulso alle iniziative di formazione del demanio coloniale, spezzare gli equilibri statici, imprimere un nuovo dinamismo, divenne l'obiettivo dei sostenitori della colonizzazione anche negli anni della Grande Guerra, quando l'interesse per il problema fondiario della Libia era divenuto oggettivamente marginale per il governo centrale.

Una prima tempestiva critica al sistema dell'ordinamento fondiario vigente fu espressa da Giacomo Venezian in una memoria presentata all'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna su il

tapu nel diritto ottomano, ossia il titolo di proprietà rilasciato al possessore delle terre *miri*, che la procedura d'accatastamento italiana trasformava in una nuova ed efficace certificazione immobiliare. Il Venezian sosteneva che la legislazione italiana, innestandosi sul sistema di registrazione ottomana scambiava i titoli di assegnazione della proprietà pubblica (terre *miri*) con quelli della proprietà privata (terre *mulk*), in quanto attribuiva erroneamente al *tapu* un valore probatorio di certificazione della proprietà privata che per il codice fondiario ottomano del 1858 non aveva.

A questa prima puntuale critica faceva poi seguire una serie di riserve sull'arbitraria istituzione degli accertamenti fondiari provvisori; in particolare segnalava la separazione delle due istruttorie, da un lato quella amministrativa dell'ufficio fondiario, dall'altra quella giurisdizionale, motivo di un eccessivo dispendio di energie⁽⁸⁶⁾.

In effetti il legislatore italiano non si era ispirato nel predisporre l'ordinamento fondiario della Libia alla legge fondiaria tunisina del 1885, a sua volta un'applicazione modificata del *Torrens Act* australiano del 1858, che lasciava facoltà al proprietario di sottoporre la sua proprietà alla legislazione occidentale o di continuare nell'antico sistema. In base a questa legge tunisina, i proprietari potevano trascrivere il proprio diritto nei nuovi libri fondiari con la conseguenza che da quel momento non era ammessa più alcuna rivendicazione contro l'immobile. Prima dell'iscrizione le eventuali opposizioni da proporre nel termine di due mesi dalla pubblicazione della richiesta *immatricolazione*, venivano giudicate direttamente dai tribunali ordinari.

La decisione giurisdizionale di ammissione o il decorso dei due mesi senza opposizioni rendeva la richiesta *immatricolazione* definitiva con la conseguenza « di sottrarre l'immobile all'oscuro ed incerto diritto musulmano, e di sottoporlo invece alla legge fondiaria e in difetto alle disposizioni del Codice Civile francese »⁽⁸⁷⁾.

Pertanto, con la *pretesa* « di servire di programma agli studiosi

(86) G. VENEZIAN, *Il tapu nel diritto ottomano*, Bologna 1913 concentra le critiche alla procedura nelle ultime due pagine, pp. 26-26. Il tema della proprietà fondiaria ottomana era stato in precedenza trattato in maniera più ampia nella conferenza letta il 17 novembre 1912 al Circolo giuridico di Roma: G. VENEZIAN, *Proprietà fondiaria in Libia*, Bologna 1912.

(87) CURIS, *Studio sulla proprietà fondiaria in Libia*, cit., p. 189.

che vorranno rivolgere più particolarmente i loro sforzi all'esame del diritto immobiliare musulmano in genere, ed a quello applicato in particolar modo nelle nostre nuove province; la Tripolitania e la Cirenaica »⁽⁸⁸⁾, l'avvocato, promotore della Società italiana per lo studio della Libia, si affrettò ad esaltare i grandi benefici della legge fondiaria tunisina.

Le critiche alla legislazione coloniale italiana si focalizzarono così sul punto della doppia istruttoria, amministrativa e giurisdizionale, e sui tempi eccessivi di definizione delle pratiche pure in un articolo che apparve sulla *Rivista Coloniale* nel 1916, autore questa volta un funzionario del Ministero della Colonia. In questo breve lavoro venivano chiaramente individuati i difetti della legislazione vigente in relazione alla *spigliatezza procedurale* auspicabile in materia. Anche qui troviamo un breve cenno comparativo con le altre legislazioni fondiarie, in particolare quella tunisina, ma in questo caso il giudice chiaramente invita a « creare una giurisdizione spiccia »⁽⁸⁹⁾ attraverso un riconoscimento giurisdizionale delle funzioni del Capo dell'Ufficio Fondiario.

9. *Il contrastato progetto di riforma del ministro Colosimo. Le inattese norme del 1917 sul conflitto di competenza.*

Il Ministero delle Colonie con l'intento di dare ordine alla materia, oltre ad anticipare l'abbreviazione dei tempi dell'accertamento definitivo, mise anche in cantiere la compilazione di un Testo Unico per introdurre disposizioni che nel primo ordinamento non avevano trovato « le corrispondenti o che si (erano) soltanto adombrate o che appena (potevano) desumersi in quanto legate al sistema fondiario prescelto »⁽⁹⁰⁾.

Un progetto di modificazione all'ordinamento fondiario vigente che non trovò favorevoli i capi degli Uffici Fondiari di Bengasi e

⁽⁸⁸⁾ E. GUTTIERES, *Del Regime Fondiario Musulmano in Tunisia. Diritto Malechita e Hanafita*, Firenze-Milano, 1913, p. 7.

⁽⁸⁹⁾ L. DEL GIUDICE, *Il potere giurisdizionale degli uffici fondiari della Libia*, in « *Rivista Coloniale* », XI, 1916, p. 729.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 5.

Derna, giudici Massimo Coluci e Fernando Valenzi, che insieme al collega dell'Ufficio di Tripoli, Giuseppe La Rocca, avevano partecipato sin dall'estate del 1916 in Roma ai lavori della Commissione nominata dal ministro Colosimo appena insediato il governo Boselli. In particolare Colucci e Valenzi sostenevano che « ragioni pratiche (consigliano) di mantenere l'attuale ordinamento (in sede di impugnativa) immutato »⁽⁹¹⁾.

Diversa opinione venne manifestata dall'avvocato Luciani, che nel frattempo aveva sostituito il giudice La Rocca a capo dell'Ufficio Fondiario di Tripoli. Sul carattere giurisdizionale nella funzione di accertamento, il nuovo responsabile dell'Ufficio⁽⁹²⁾, pur rilevando « che non si può creare un nuovo organo giudiziario senza averlo tassativamente sancito », tuttavia, « dati i fini della nostra legge fondiaria (riteneva) indispensabile investire di funzioni giurisdizionali i Capi degli uffici, poiché esorbita dalle mansioni di un organo amministrativo l'esame dei titoli di proprietà o delle altre prove in ordine al possesso, specie, quando da tale esame debba discendere una decisione sul valore di tali elementi probatori, e la decisione stessa sia destinata a produrre gravi effetti giuridici in ordine a dichiarazioni ed attribuzioni di diritti reali. Nel decreto quindi dovrebbe essere aggiunta una disposizione che chiarisca in modo assoluto la questione »⁽⁹³⁾.

Il sostegno del ministro Colosimo nei confronti del testo unico preparato a Roma, determinò da parte del Colucci e del Valenzi la redazione di un più ampio e dettagliato rapporto: ben 49 pagine dattiloscritte, che *licenziarono all'On. Ministro* chiedendo « venia

(91) *Relazione degli Uffici Fondiari di Bengasi e di Derna, Tripoli 10 giugno 1917*, in Inv. Supp. ASMAI, IV, cit.).

(92) La sua relazione risulta annotata dal Colucci con affermazioni interlineari, a margine, in calce del tipo « che c'entra! ma che! Non ha capito il sistema dei libri fondiari. Allora? Per ogni immobile, si starebbe freschi! » ed altre dello stesso tono. La copia della *Relazione sull'ordinamento fondiario vigente e sulle progettate riforme del Capo dell'Ufficio Fondiario di Tripoli, dell'Avv. A. Luciani, Tripoli 8 giugno 1917* conservata in Inv. Supp., ASMAI, IV, cit., è quella trasmessa dal Segretario Generale della Tripolitania al Colucci.

(93) Ivi, pp. 21-22.

della sua incompiutezza nella sostanza e nella forma, impari certo al lavoro legislativo cui la relazione si riferisce » ⁽⁹⁴⁾

Una formula di apparente ossequio nei confronti del ministro in aperto contrasto con il contenuto della loro non richiesta relazione. I due magistrati con il loro minuzioso commento al progetto ministeriale, intesero infatti dimostrare tutta la loro competenza, frutto della quotidiana applicazione della normativa sottoposta a revisione, ed evidentemente non tenuta nel debito conto dai burocrati romani.

La loro resistenza agli impulsi innovatori provenienti dalla madrepatria era influenzata soprattutto dalla difesa accanita del proprio ruolo in colonia. In questo caso l'iniziativa ministeriale — che timidamente intendeva dare impulso alla colonizzazione imprimendo un certo dinamismo procedurale — non trovava l'appoggio dei responsabili degli Uffici Fondiari di Bengasi e Derna, solo perché esclusi dalla fase di concertazione della bozza di decreto. Se si legge la relazione è veramente difficile individuare sostanziali e profondi contrasti sui nuovi espedienti giuridici per favorire la colonizzazione. Ad esempio, a proposito del carattere giurisdizionale dell'Ufficio Fondiario, i due zelanti magistrati, dopo lunga disamina, giungevano soltanto alla conclusione che il principio « era stato già ammesso dalla Corte di Cassazione di Roma anche nello stato precedente l'attuale della legislazione » ⁽⁹⁵⁾.

Insomma se quelle proposte di riforma fossero state avanzate dai coloniali non sarebbe stato in alcun modo necessario esplicitare attraverso una compiuta disamina giuridica il loro carattere realistico rispetto ai quotidiani ostacoli per la definizione delle pratiche di accatastamento.

⁽⁹⁴⁾ *Relazione dei Regii Uffici Fondiari di Bengasi e di Derna all'On. Ministro delle Colonie*, (senza data, ma 1917), in Inv. Suppl. ASMAI, IV, cit., p. 49.

⁽⁹⁵⁾ Ivi, p. 5. Antonio Marongiu, pubblico ministero presso la Corte d'Appello per la Libia di Tripoli, nel 1916 segnalò il vantaggio di considerare come vere e proprie sentenze le decisioni dei titolari degli Uffici Fondiari (A. MARONGIU, *Per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1915-16*, Tripoli 1916, p.3). Tuttavia, l'anno successivo si mostrò incerto su questo medesimo argomento e contestualmente colse l'occasione per esprimere « il più vivo compiacimento » per il lavoro compiuto dai « tre ottimi colleghi » posti a capo degli Uffici Fondiari della Colonia, « La Rocca, Colucci e Valenzi » (A. MARONGIU, *Per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1916-17*, Tripoli 1917, p. 65), dimenticando che nel frattempo il primo dei tre colleghi era stato sostituito dall'avvocato Luciani.

Questa vicenda, che ebbe poi sviluppi inattesi prima del precipitare degli avvenimenti bellici a seguito dello sfondamento del fronte italiano a Caporetto nell'ottobre del 1917, testimonia un ulteriore dualismo nella politica seguita nei confronti degli arabi. Non solo quello segnalato da Del Boca fra il potere militare e quello civile ⁽⁹⁶⁾, ma anche il confronto, o la mancanza di collaborazione tra i magistrati inviati in Colonia e i burocrati del Ministero delle Colonie accusati di non avere conoscenza dell'ambiente coloniale. Una contrapposizione che comunque, nonostante l'accantonamento dell'approvazione del Testo Unico, si risolse a favore dei ministeriali.

In maniera precipitosa ed inaspettata gli articoli 30, 136 e 137 delle norme complementari dell'ordinamento giudiziario, approvato con D.L. 15 aprile 1917 n. 938, regolarono infatti le eventuali difformi pronunce in sede di accertamento, tra l'autorità giudiziaria e gli uffici fondiari, come conflitto di competenza. In maniera implicita fu quindi riconosciuto carattere giudiziario agli Uffici Fondiari libici.

La novità non era di poco conto perché in base all'ordinamento fondiario del 1913, se veniva impugnata la decisione dell'Ufficio Fondiario, si apriva un dibattito giudiziario che seguiva tutti i gradi della giurisdizione ordinaria sino alla Cassazione di Roma. In base alle sole norme del 1913 l'Ufficio Fondiario doveva eseguire una istruttoria, rendere pubblici i suoi risultati, esaminare le eventuali opposizioni con l'assistenza di una Commissione consultiva, risolvere l'eventuale opposizione all'accertamento così definito. A questo punto, se la decisione veniva impugnata innanzi al giudice regionale, l'istruttoria si riproduceva davanti all'autorità giudiziaria come se il primo esame delle contestazioni non fosse stato effettuato ed era possibile ricorrere ulteriormente in appello e giungere sino in Cassazione.

Con le norme del 1917 il giudizio innanzi all'Ufficio fondiario veniva considerato come un vero e proprio giudizio di primo grado. Inoltre, sempre per rendere la procedura più rapida, il Tribunale regionale costituito da un giudice e da quattro assessori con voto deliberativo era stato costituito come giudice d'appello e demandata

(96) DEL BOCA, *Gli italiani in Libia*, cit., pp. 250 e ss..

alla Corte di Appello di Tripoli la cognizione dei ricorsi ordinariamente devoluti alla Cassazione.

« Il concetto ispiratore — come si legge in una bozza di relazione al decreto reale che avrebbe dovuto approvare un nuovo testo unico per l'Ordinamento fondiario della Tripolitania e della Cirenaica già predisposto sin dal 1916 — (era) stato quello di conservare il più possibile carattere locale ai giudizi in materia fondiaria nella quale affluiscono elementi e dominano concessioni peculiari alle colonie, e talvolta persino alle diverse regioni entro la medesima colonia, sì da rendere difficile che esse sian colte con esattezza da organi giurisdicenti in località lontane od estranee alle colonie stesse »⁽⁹⁷⁾.

In base al riconoscimento della competenza giurisdizionale degli Uffici Fondiari libici, i tempi per l'accertamento definitivo venivano così drasticamente ridotti perché, in caso di opposizione o l'Ufficio accoglieva il ricorso oppure, se adottava una decisione negativa, la trasmetteva direttamente all'autorità giudiziaria che in secondo grado decideva l'impugnativa degli interessati, in ultima istanza si pronunciava al posto della Cassazione di Roma, la Corte d'Appello di Tripoli.

Il successivo periodo bellico in madrepatria e l'insurrezione araba in Libia spostò per qualche tempo su un piano non più realistico il problema della colonizzazione agraria.

10. *Le novità determinate dall'approvazione degli Statuti. Il Regio Decreto 3 luglio 1921 n. 1207 del ministro Rossi.*

Per ritrovare segni significativi di una ripresa delle iniziative di colonizzazione bisogna attendere il 1919, quando in Libia « si aprì una nuova e importante, anche se contraddittoria, fase »⁽⁹⁸⁾.

La concessione degli *Statuti* per la Tripolitania e la Cirenaica in un breve momento sembrò delineare, come ha efficacemente sotto-

⁽⁹⁷⁾ *Bozza di relazione al decreto reale che approva il testo unico per l'Ordinamento Fondiario della Tripolitania e della Cirenaica, allegata alla nota 21 maggio 1917 n. 546 del Ministro delle Colonie*, p. 12, Inv. Supp. ASMAI, IV, Fondo Caroselli, Cassetta 10, fasc. 5.

⁽⁹⁸⁾ *L. Labanca, Oltremare*, cit., p. 348.

lineato Labanca, « un rapporto completamente nuovo degli italiani con le popolazioni libiche »⁽⁹⁹⁾ con notevoli novità non solo per la nuova cittadinanza dei sudditi coloniali della *Quarta sponda* e la previsione dell'istituzione dei parlamenti locali, ma anche per i mutamenti in materia di compravendita di immobili, di espropriazione e di accatastamento dei beni *vakouf* che nei testi normativi italiani sono denominati *auquaf*.

Nelle zone di governo civile vennero infatti autorizzate le vendite con il *Regio Decreto 31 ottobre 1919 n. 2117*, mentre con il successivo *Regio Decreto 25 agosto 1920 n. 1535* si innovò in materia d'indennità al proprietario espropriato. Con quest'ultimo decreto il criterio del calcolo dell'indennità da corrispondere al proprietario dell'immobile, sino a quel momento vincolato al criterio del tutto irrisorio del valore medio nel quinquennio precedente l'ottobre 1911, venne sostituito da quello della *giusta indennità*. In tal modo una delle più evidenti lesioni patrimoniali, percepita come un vero sopruso coloniale dai proprietari libici, venne temporaneamente cancellata. In concreto la nuova normativa ebbe una vigenza brevissima, meno di tre anni.

Inoltre con il *Regio Decreto 31 ottobre 1919 n. 2119* anche l'amministrazione e devoluzione delle eredità giacenti e dei beni degli assenti, ovvero la gestione dei beni *vakouf*, venne restituita ai musulmani senza le interferenze e le restrizioni del passato. Permettere l'opera colonizzatrice anche sui terreni costituiti in *vakouf*, ovvero su quei beni resi *res extra commercium* per uno scopo religioso in quanto proprietà trasferita a Dio, aveva costituito oggetto di discussione nell'immediatezza della conquista, ma presto si riconobbe che lo Stato italiano non poteva accampare alcun diritto di proprietà sugli immobili *vakouf* appartenenti alle fondazioni musulmane. Tuttavia si ritenne di esercitare comunque un sorveglianza sulla gestione di tutti quanti gli amministratori di tali beni sulla base di direttive politico-amministrative proprie dello Stato italiano.

Il decreto del 1919 si conformava ad un diverso intendimento, quello di porre la legislazione in materia in armonia con i principi islamici, rispettando così i costumi religiosi degli arabi e le loro

(99) Ivi.

istituzioni. La modifica, che apriva nuovi orizzonti per la politica indigena, prendeva spunto dalle osservazioni di Carlo Alfonso Nallino. Sin dal 1916 infatti, l'insigne arabista aveva consegnato al ministro Colosimo una breve relazione a commento dei lavori di una Commissione mista nominata dal governatore della Tripolitania.

Nei suoi appunti il Nallino aveva sostenuto l'inopportunità di una normativa italiana per i beni *vakouf*, denominati *Waqf* nella sua relazione. In quella occasione, il futuro accademico d'Italia, senza reticenze aveva invitato alla desistenza, segnalando al ministro che dalla lettura degli atti « si (ricavava) l'impressione che i delegati italiani non fossero sempre sufficientemente preparati a trattare di cose islamiche; per questa materia sarebbe stato opportuno che avessero avuto chi li illuminasse » ⁽¹⁰⁰⁾.

La materia era molto delicata: « L'importanza grandissima dei *Waqf* e l'opportunità di lasciarli governare dai musulmani sta unicamente nel fatto che la maggioranza dei *Waqf* (non tutti) ha scopi di beneficenza pubblica (elemosine ai poveri, mantenimento di fontane od acquedotti, ecc.) e scopi di carattere religioso (spese per la guerra santa, pagamento di spese per pellegrini che vadano alla Mecca, spese per il culto musulmano sotto forma di erezione e mantenimento di moschee o di scuole confessionali islamiche, pagamento di funzionari e maestri addetti alle moschee, ecc.). Sicché i *Waqf* per secoli sono stati quasi l'unica fonte che provvedesse alla beneficenza pubblica ed al mantenimento del culto negli Stati islamici » ⁽¹⁰¹⁾.

Erano espressioni chiaramente polemiche che manifestavano ampie riserve sul progetto di ordinamento dei beni *vakouf* e sugli inconvenienti che sarebbero sorti. La tesi del Nallino non fu immediatamente condivisa dal Colosimo e la restituzione ai musulmani della piena amministrazione dei beni *vakouf* fu concessa al pari degli Statuti solo tre anni dopo dal ministro Rossi.

Dichiarata la fine dello stato di guerra e restituite le proprietà confiscate ai ribelli con il *Regio Decreto 22 novembre 1919 n.*

⁽¹⁰⁰⁾ C. A. NALLINO, *Progetto di ordinamento dell'Amministrazione dei beni Aukaf*, Roma, 27 luglio 1916, p. 1, in ASMAI, posizione 113/1.

⁽¹⁰¹⁾ Ivi, p. 2.

2428 ⁽¹⁰²⁾, il liberaldemocratico Luigi Rossi avrebbe voluto sfruttare a vantaggio dell'Italia le novità di indirizzo nella politica coloniale, ma la presenza dell'incapace Menzinger a Tripoli e la brevità del primo incarico ministeriale alle colonie resero la sua azione inefficace. Il ritorno al ministero delle Colonie, il 15 giugno del 1920, gli consentì invece di sostituire il Menzinger e di prendere un'importante decisione: la ripresa del programma di colonizzazione con l'approvazione di una nuova, importante normativa per l'accertamento e la conservazione dei diritti fondiari nella Tripolitania e nella Cirenaica.

Fu infatti il governo centrale e per esso il ministro liberale Luigi Rossi, e non il celebrato governatore Giuseppe Volpi, a determinare la svolta nell'acquisizione al demanio coloniale dei terreni necessari alla colonizzazione agraria in Libia. L'approvazione del Testo Unico, già in parte elaborato durante i primi anni di guerra, fu infatti uno dei punti qualificanti della sua azione di intermittente ministro delle Colonie ⁽¹⁰³⁾.

In definitiva, se pure non fu Rossi personalmente ad escogitare la soluzione capace di superare l'*impasse*, la sua determinazione fu senz'altro decisiva nel capovolgere completamente il presupposto giuridico della costituzione del demanio di colonizzazione. La pubblicazione del Testo Unico fu infatti sfruttata, non tanto per introdurre modificazioni di forma e per meglio ordinare la materia della impugnativa modificata dalle norme complementari dell'ordina-

⁽¹⁰²⁾ « Ai condannati per reati politici e per reati comunque determinati da movente politico della Tripolitania e della Cirenaica ed in caso di morte ai loro eredi, ove la condanna sia estinta in seguito ad amnistia e grazia sovrana o per fine pena, sono restituiti i beni confiscati per effetto della condanna riportata » (Articolo 1, *Regio Decreto 22 novembre 1919 n. 2428 relativo alla restituzione dei beni confiscati ai condannati per reati politici nella Tripolitania e Cirenaica*).

⁽¹⁰³⁾ Il Rossi fu ministro delle Colonie nel primo governo Nitti dal 23 giugno al 16 novembre 1919 e nel secondo governo Nitti dal 14 marzo al 21 maggio 1920 dopo l'interim del presidente del Consiglio; nel terzo governo Nitti non fu riconfermato e lo sostituì Meuccio Ruini; ricoprì nuovamente l'incarico ministeriale nel nono e decimo governo Giolitti dal 15 giugno 1920 al 15 maggio 1921 e poi dall'11 giugno al 4 luglio 1921. Il ruolo di questo ministro nella vicenda coloniale italiana non fu marginale. Erede della politica degli *Statuti* e degli accordi con la popolazione araba, tentò di sfruttare a vantaggio della colonizzazione il clima di pacificazione e di collaborazione che sembrava essersi finalmente realizzato.

mento giudiziario del 1917, articoli 30, 136 e 137, ma per sottoporre la materia ad una revisione profonda.

Tuttavia nell'ampia relazione che accompagna il decreto del nuovo ordinamento fondiario — e che porta la data del 3 luglio 1921, anche se poi pubblicato con notevole ritardo sulla Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia soltanto il 21 novembre 1921 n. 272 — il Rossi espone i diversi *capi* del nuovo testo, si soffermò a commentare le novità per l'iscrizione dei diversi beni immobiliari della colonia nei libri fondiari predisposti per la Tripolitania e la Cirenaica, segnalò in particolare i miglioramenti per i beni *vakouf* destinati a un fine di religione o di beneficenza, ma lasciò passare sotto silenzio l'innovazione principale.

Unico accenno alla soluzione escogitata, la segnalazione che « dei beni demaniali, così pubblici come patrimoniali si è fatta l'enumerazione »⁽¹⁰⁴⁾. Eppure nell'articolo 4 era stata introdotta la disposizione più importante di tutto il nuovo ordinamento fondiario: l'inserimento dei *terreni improduttivi, incolti o abbandonati* tra i beni patrimoniali della colonia. In altri termini i terreni incolti, senza necessità di alcun accertamento catastale sui relativi titoli di proprietà, venivano per la loro condizione naturale individuati senz'altro come beni del patrimonio dello Stato coloniale e d'ora in poi vincolati ad una destinazione di pubblica utilità, che nella specie era senz'altro quella della colonizzazione agraria. Con l'articolo 4 in Libia, ai beni del patrimonio disponibile dello Stato elencati dagli articoli 427 e seguenti del Codice Civile del 1865, furono aggiunti altri beni non rientranti nell'elencazione vigente per il territorio nazionale.

Si trattò di una significativa originalità coloniale, perché in tal modo gli Uffici Fondiari della colonia d'Oltremare furono autorizzati a dichiarare in maniera sollecita la natura demaniale dei terreni libici, in base alla sola *constatazione della situazione di fatto* e quindi non più attraverso un faticoso e lento esame dei titoli di proprietà. Si trattava di un espediente risolutivo per la politica coloniale di

⁽¹⁰⁴⁾ *Relazione di S.E. il ministro delle Colonie, Luigi Rossi a S.M. il Re sul decreto che detta le norme per l'accertamento e la conservazione dei diritti fondiari nella Tripolitania e nella Cirenaica*, in « Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia », 1921, Roma - Lunedì 21 novembre - numero 272, p. 1373.

spoglio. Tuttavia in questa vicenda giuridica, a fronte dell'importanza della presunzione di demanialità del decreto di Rossi ciò che colpisce è il completo silenzio dei contemporanei su tale rilevante innovazione, impensabile per la madrepatria e per gli esiti sociali e politici che avrebbe potuto determinare nelle campagne proprio nel momento dell'occupazione delle fabbriche nell'autunno del 1920 e la successiva reazione fascista della primavera del 1921.

Infatti, mentre nel Regno si reprimevano le proteste delle organizzazioni dei lavoratori della terra, dei braccianti, dei salariati guidati dai socialisti ed anche dai popolari, per la Libia al contrario si adottavano provvedimenti diretti in prospettiva ad assegnare la terra incolta, in questo caso però di proprietà degli arabi, a quegli stessi agricoltori italiani oggetto in madrepatria delle minacce e delle provocazioni fasciste.

11. *La scelta d'un uomo d'affari: Giuseppe Volpi governatore della Tripolitania per iniziativa di Giolitti.*

Come è noto la Libia, per molti, sin dalla occupazione di Tripoli, doveva diventare una colonia di popolamento mediante « la sostituzione dell'emigrante italiano all'indigeno nella regione costiera ed il progressivo respingimento di quest'ultimo verso l'interno »⁽¹⁰⁵⁾, ebbene proprio ora che il legislatore patrio adottava una disposizione efficace per rendere *feconda* l'opera di colonizzazione, la rilevante novità veniva taciuta: dal ministro proponente, dagli esperti di diritto coloniale, dagli uomini politici legati al governo liberale, dai suoi oppositori, dai quotidiani. Eppure così facendo il governo nazionale dava nuovo e concreto impulso alla colonizzazione, rendendo molto più semplice ed efficace l'azione amministrativa. Un perfezionamento tecnico che, escogitato all'ultimo momento, non fu subito segnalato per non suscitare nuove polemiche e dissensi; di qui il consapevole silenzio del ministro giolittiano.

Al riguardo va segnalato che nella puntigliosa relazione del 1917 di Colucci e Valenzi — che si perdeva nell'esposizione dei dettagli

⁽¹⁰⁵⁾ G. MONDAINI, *Manuale di storia e legislazione coloniale del Regno d'Italia*, Parte I, *Storia Coloniale*, Milano 1927, pp. 331-332.

tecnici e della prassi sino ad allora seguita in colonia e commentava tutte le proposte di riforma legislativa e non solo quelle relative al *carattere giuridico dell'Ufficio Fondiario* ed al *sistema delle impugnative* — non vi è cenno di questa nuova elencazione dei beni patrimoniali dello Stato in Libia. Quindi è verosimile che l'articolo 4 del decreto Rossi sia stato aggiunto successivamente, ovvero che si sia giunti alla determinazione di precisare la natura demaniale dei territori libici incolti solo nel momento della stesura finale del Testo Unico.

Del resto a Giolitti non faceva difetto il realismo politico. La preoccupazione di salvaguardare gli interessi della colonizzazione, nonostante la centralità al momento di altre questioni politiche, dall'impresa di Fiume alle violenze squadristiche, lo spinse infatti a mutare indirizzo anche nella scelta del governatore della Tripolitania ed a preferire per quella carica un abile ed intraprendente imprenditore. La nomina — frutto della concertazione tra l'anziano presidente del Consiglio ed il ministro Rossi — giunse a Volpi inaspettata, dopo la crisi ministeriale dell'ultimo governo Giolitti, ma la designazione rispondeva ad un disegno preciso di ripresa della colonizzazione agraria a seguito della smobilitazione post-bellica della madrepatria, maturato nei mesi precedenti.

Certo la situazione in Libia era pessima, gli italiani erano costretti sulla fascia costiera, e prioritaria risultava l'esigenza di restaurare l'effettivo dominio coloniale. Tuttavia, anche di fronte a queste evidenti difficoltà, l'articolo 4 del decreto Rossi, nel risolvere alla radice il problema dell'acquisizione delle terre, poteva infondere all'azione del governatore Volpi nuova energia. Era un progetto impegnativo affidato ad un uomo di successo, senz'altro dotato di spirito d'impresa, che avrebbe gestito gli eventi realizzando « una strategia in cui il progresso economico avrebbe messo a tacere i fermenti di ribellione e le tensioni etniche » ⁽¹⁰⁶⁾.

Ed in effetti Volpi seppe così ben utilizzare lo strumento legislativo predisposto per velocizzare la procedura di indemanializ-

⁽¹⁰⁶⁾ S. ROMANO, *Giuseppe Volpi. Industria e finanza tra Giolitti e Mussolini*, Milano 1979, p. 103. Sulla soluzione *aziendale* da dare al problema libico da parte di Giolitti, e sui contatti del ministro Rossi con *persone pratiche di affari* da utilizzare come governatori di colonia, Sergio Romano rinvia utilmente alle memorie di E. CONTI, *Dal taccuino di un borghese*, Milano 1946, pp. 246 e ss..

zazione delle terre degli arabi, da far subito dimenticare i motivi e i sostenitori della sua nomina a governatore, nonché l'autore dello strumento legislativo per lui predisposto nel 1921.

Egli infatti divulgò da subito e, con compiacimento, una versione che lo poneva al centro degli eventi come protagonista assoluto del nuovo corso. Il Volpi, giunto a Tripoli a pochi giorni dall'approvazione del decreto Rossi del 3 luglio 1921 e precisamente il 16 di quello stesso mese, si impegnò immediatamente sul piano militare per rendere stabile il dominio italiano ed occupò Misurata Marina nel gennaio del 1922. Poi, dopo aver stabilito una immediata e sorprendente intesa con il nuovo ministro delle Colonie il nittiano Giovanni Amendola, imboccò con decisione la via della colonizzazione promulgando una serie di conseguenti decreti governatoriali. Il primo porta la data del 18 luglio 1922 ed impose prioritariamente, ai sensi degli articoli 4, 5, 25 del regio decreto del 3 luglio 1921, all'Ufficio Fondiario di Tripoli, ai fini della vivificazione delle terre incolte, l'accertamento di fatto dei beni demaniali della colonia *ovunque si trovino*.

Inoltre, sempre al fine di semplificare e accelerare le procedure, dispose che qualora nell'accertamento fossero risultati « in favore di qualcuno stati di fatto tali da poter consigliare in via di equità la corresponsione di qualche compenso, l'Ufficio Fondiario (era) autorizzato a concederlo » ⁽¹⁰⁷⁾.

Infine, per evitare ulteriori motivi di turbativa per l'ordine coloniale, con evidente pragmatismo consentì « sui terreni demaniali non ancora dati in concessione l'esercizio del pascolo e della semina secondo gli usi locali » ⁽¹⁰⁸⁾.

Come è evidente il Volpi, con questo sistema di norme, non solo estese alle proprietà collettive la nozione di terreno incolto propria delle terre morte, ma negò al pascolo ed alla semina tradizionale le caratteristiche della *vivificazione*. Il governatore-imprenditore esercitò dunque i suoi poteri legislativi in maniera estensiva sicuro di non incontrare resistenza negli ambienti ministeriali.

I successivi decreti governatoriali precisarono poi meglio le caratteristiche dell'attività pratica diretta alla valorizzazione del ter-

⁽¹⁰⁷⁾ Decreto del Governatore della Tripolitania, 18 luglio 1922 n. 660, articolo 2.

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, articolo 6.

ritorio. Volpi da uomo della finanza e dell'economia comprese subito che l'attività di indemanializzazione dell'Ufficio Fondiario poteva dirigersi anche su terreni poco adatti alla colonizzazione con un inutile spreco di energie. In conseguenza provvide alla istituzione di un organo *ad hoc* capace in maniera autonoma, attraverso un proprio Ufficio Agrario, di individuare i terreni che potevano essere effettivamente interessati da uno sviluppo agricolo-economico. Tale ufficio di colonizzazione, una volta posto alla diretta dipendenza del Segretario Generale della Colonia, veniva ad essere sovraordinato rispetto all'Ufficio Fondiario così da poter indirizzare l'opera di accertamento degli immobili demaniali. In altre parole l'Ufficio di Colonizzazione individuava i terreni da accatastare laddove l'Ufficio Fondiario limitava la sua attività di accertamento solo ai terreni utili ⁽¹⁰⁹⁾.

Nell'anno successivo, il 1923, quando ormai a Roma era insediato da qualche mese il primo ministero Mussolini, ed era ormai più che evidente che l'incontro tra gli italiani ed i libici non si era verificato per le incertezze degli ultimi governi liberali e la ripresa dello scontro armato e della guerriglia, Volpi accelerò ulteriormente il processo di *spoglio* con altri provvedimenti normativi.

Pertanto, dopo aver decretato « la confisca in favore del Demanio Patrimoniale della Colonia dei terreni non coltivati o comunque non appoderati appartenenti a individui o cabile ribelli o che abbiano fatto causa comunque coi ribelli, posti in territorio di stato d'assedio o fuori di esso giusta la indicazione dell'art. 1 del Nostro Decreto 17 luglio 1922 n. 640 » ⁽¹¹⁰⁾ — in pratica tutto il territorio della Tripolitania, perché venivano comprese anche le circoscrizioni di Tripoli, Homs, Zuara — l'attivo governatore si apprestava a far emanare un nuovo decreto regio per l'esproprio dei terreni steppici a completamento del nuovo sistema per la formazione del demanio coloniale.

⁽¹⁰⁹⁾ L'Ufficio di Colonizzazione fu creato con il *Decreto del Governatore della Tripolitania, del 27 dicembre 1922 n. 1073*, la sua funzione di suggerimento delle zone di terreno ritenute idonee fu poi chiaramente fissata dal *Decreto del Governatore della Tripolitania, 10 febbraio 1923, n. 132*. In precedenza con *Decreto del Governatore della Tripolitania, 26 gennaio 1923, n. 93* era stata vietata *fino a nuovo ordine* la compravendita di terreni steppici e la cessione di diritti reali a tali beni inerenti.

⁽¹¹⁰⁾ *Decreto del governatore della Tripolitania, 11 aprile 1923, n. 320, articolo 1.*

12. *La discussione in seno al Consiglio Superiore Coloniale sull'esproprio generalizzato.*

A questo punto, la novità dell'istituzione del Consiglio Superiore Coloniale impose però una brusca frenata al dinamismo normativo del prolifico legislatore tripolino. Un nuovo organismo istituzionale, creato in sostituzione del vecchio Consiglio Coloniale e del Comitato Superiore Amministrativo, era infatti chiamato ad esprimere parere sui provvedimenti che il governo del Re poteva adottare per il disposto del Regio Decreto 5 novembre 1911 n. 1247, ovvero quello che aveva posto la Tripolitania e la Cirenaica sotto la sovranità del Regno d'Italia ⁽¹¹¹⁾.

Il ministro delle Colonie, in quest'ultima circostanza fu quindi costretto a trasmettere il decreto preparato da Volpi al nuovo Consiglio Superiore delle Colonie. La nota redatta dal direttore generale del Ministero, che trasmetteva la bozza di decreto al nuovo Consiglio, invitava ad accogliere l'iniziativa del governatore ed « a troncare ogni indugio nell'intento di realizzare più compiutamente che sia possibile i piani del programma impostosi per la valorizzazione della Colonia » ⁽¹¹²⁾.

Il problema della messa in valore dei terreni steppici in Tripolitania rivestiva per l'alto funzionario ministeriale, come per il governatore, « carattere di somma urgenza » in quanto « uno dei coefficienti maggiori di incremento della colonizzazione e di *pacifica penetrazione fra le popolazioni indigene* di quel nostro possedimento » (*sic!*) ⁽¹¹³⁾. Il dirigente riferiva che « vari provvedimenti adottati dal Governo nel 1922 e nei primi mesi di quest'anno hanno permesso di indemanare e di acquistare, a prezzi di convenienza, circa 8000 ettari di terreno già lottizzato e concesso a privati coltivatori » ⁽¹¹⁴⁾. E concludeva, sminuendo la natura innovativa del

⁽¹¹¹⁾ Il Consiglio Superiore Coloniale fu istituito con *Regio Decreto 31 dicembre 1922 n. 1817*, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia del 26 gennaio 1923 n. 21, e divenne operante, dopo la nomina dei suoi componenti, quasi in coincidenza con l'esame del decreto predisposto da Volpi.

⁽¹¹²⁾ *Nota a S.E. il Ministro delle Colonie, 4 settembre 1923, prot. n. 16434*, p. 1, in ASMAI, Inv. Archivio Consiglio Superiore Coloniale, pacco 1.

⁽¹¹³⁾ *Ibidem.*

⁽¹¹⁴⁾ *Ibidem.*

decreto, « ben altro occorrerà, però, per avviare soddisfacente l'assillante problema ed assecondare le numerose domande di concessioni, tuttavia insoddisfatte, non ostante che i richiedenti offrano le migliori garanzie morali e finanziarie di successo » (115).

Il sostegno deciso dell'alto dirigente al provvedimento predisposto dal Volpi conferma che nel frattempo si era stabilito un solido rapporto politico tra il nuovo ministro fascista alle colonie ed il governatore voluto da Giolitti.

Malgrado ciò, al Consiglio Superiore Coloniale l'iniziativa di Volpi non piacque affatto. L'intento del governatore suscitò una reazione durissima da parte del relatore designato consigliere Mazzocchi Alemanni, direttore dell'ufficio tecnico coloniale italiano, che espresse *dubbi non lievi* sulla reale efficacia del sistema proposto « ai fini di una *sicura* colonizzazione della regione » in quanto il metodo non gli appariva « il più adatto e corrispondente al dichiarato proposito di raggiungere una *pacifica penetrazione* economica ed un vero consolidamento della recente riconquista del territorio » (116).

Poi, entrando nel merito della questione sostenne « che il decreto proposto, per riferirsi alle *terre steppiche* non vivificate con piantagioni, (aveva) una portata molto più vasta di quanto (poteva) a tutta prima supporre, rappresentando detti terreni non meno del 98% della totale superficie coltivabile della Tripolitania » (117).

Inoltre, il Mazzocchi Alemanni obiettò, a fronte della indubbia necessità di costituire una *riserva di demanio terriero*, che era « opportuno possedere la sicurezza della esistenza di seri organismi, singoli o collettivi, finanziariamente e tecnicamente preparati e pronti alla non facile opera di valorizzazione dei terreni stessi » (118).

Pertanto, nel concludere la sua relazione per il Consiglio, il

(115) *Ibidem*.

(116) *Relazione del comm. Mazzocchi Alemanni*, p. 1, in ASMAI, Inv., cit..

(117) *Ivi*, p. 2.

(118) *Ibidem*. Il Mazzocchi Alemanni aggiunse inoltre « che, per quanto appetiti ingordi siensi manifestati da parte indigena allorché, recentemente, il Governo locale procedette col metodo del libero acquisto alla iniziale costituzione del demanio pel colonizzamento, sta di fatto tuttavia che già in un primo tempo esso riuscì in tal modo ad incamerare da 8.000 a 12.000 ettari di terreno a condizioni di acquisto assai convenienti, con risultati insomma, che nella stessa Relazione sopracitata non si esita a definire come superbi » (*Ivi*, pp. 2 e 3).

consigliere designato non esitò a proporre l'*opportunità di soprassedere* ad ogni decisione in merito ⁽¹¹⁹⁾.

Nelle sedute del 12 e 13 ottobre 1923 il Consiglio Superiore Coloniale prese quindi in esame lo schema di decreto predisposto da Volpi.

Sin dall'inizio della discussione il Consiglio si mostrò concorde nel giudicare inaccettabile lo schema di decreto nei termini proposti. Nel parere steso per il Consiglio, il commissario senatore Alfonso Berio giudicava eccessivamente ampio e discrezionale il potere ablativo, che in materia sarebbe stato attribuito al governatore, « talché, quando fosse approvato darebbe facoltà al Governo della Tripolitania di espropriare, si può dire, la massima parte di quelle terre, anche quando mancasse qualsiasi richiesta o qualsiasi iniziativa seria ed attendibile di coltivazione e di colonizzazione » ⁽¹²⁰⁾.

Il sacrificio della proprietà privata libica — puntualizzava l'estensore del parere — non può essere giustificato che in confronto di una utilità pubblica attuale e dimostrata. Nello schema predisposto mancava infatti il presupposto stesso dell'assoggettamento dei terreni ad un particolare regime giuridico. Il generico richiamo alla colonizzazione non era ritenuto idoneo per il corretto svolgimento delle procedure espropriative. La normativa in esame non era coerente con i principi fondamentali in materia dettati dalla legge 25 giugno 1865 n. 2359.

Inoltre il senatore, nell'esaminare le conseguenze dell'esercizio delle nuove prerogative, non si limitava ad evidenziare la dubbia legittimità, ma sottolineava anche i rischi e i pericoli politici della progettata operazione risolutiva per la colonizzazione. Infatti, senza mezzi termini, segnalò « la ripercussione dolorosa che un tale provvedimento (avrebbe prodotto) nell'animo delle popolazioni indigene; le quali non (avrebbero esitato) a ravvisare in esso, più che lo scopo del miglioramento agrario, *il fine politico di spogliarle di quelle*

⁽¹¹⁹⁾ « Fintantoché non sia dato rendersi conto dei concetti informativi dell'organico programma di Governo in materia di colonizzazione agricola in Tripolitania » (Ivi, p. 5).

⁽¹²⁰⁾ *Parere del Consiglio Superiore Coloniale, 13 ottobre 1923, n. 27, p. 2, in ASMAI, Inv., cit.*

terre, alle quali per sentimento e per tradizione si (sentivano) particolarmente vincolate » (121).

Il decreto andava dunque senz'altro modificato con l'eliminazione della generica facoltà d'espropriazione per le terre d'Oltremare. Un potere arbitrario, non in linea con la tradizione giuridica dell'istituto, che comunque, anche se gradualmente esercitato, avrebbe costituito « per i proprietari indigeni, e per una zona vastissima, che rappresenta la quasi totalità della superficie coltivabile della Colonia, *una minaccia permanente* » (122).

Nella discussione, che si protrasse per due giorni, la maggior parte dei commissari intervenne per far notare che il governatore già disponeva dei poteri necessari per raggiungere lo scopo in presenza di un progetto concreto, tuttavia con autorevolezza il rappresentante del ministero delle Colonie precisò che l'iniziativa rientrava nelle direttive del programma politico che il governo nazionale intendeva attuare e che quindi aveva lo scopo di « affermare l'autorità dello Stato con un provvedimento che dimostri il proposito fermo del Governo di raggiungere il risultato, nonostante ogni eventuale opposizione e ingiustificata resistenza » (123).

Emerse a questo punto, tra i consiglieri, la preoccupazione per le conseguenze di un giudizio decisamente negativo che, mettendo a rischio gli equilibri istituzionali, avrebbe minacciato di indebolire in prospettiva l'autonomia del Consiglio stesso. Il parere nella sua formulazione non poteva non tener conto dell'indirizzo governativo che nella specie era favorevole al completamento della normativa già messa in campo in precedenza. L'accento posto sulla funzione

(121) Ivi, p. 2.

(122) Ivi, p. 3.

(123) *Ibidem*. Il Consiglio Superiore Coloniale ai sensi dell'articolo 2 del *Regio Decreto 31 dicembre 1922 n.1817* era così composto: « 1° del sottosegretario di Stato alle Colonie, che lo presiede; 2° di quattro rappresentanti del Parlamento, eletti, due per ciascuna, delle assemblee legislative nel proprio seno; 3° di due membri del Consiglio di Stato; 4° di un membro della Corte dei Conti; 5° di un rappresentante dell'avvocatura generale erariale; 6° di un membro del Consiglio Superiore dei lavori Pubblici; 7° di un rappresentante del Ministero degli Affari Esteri e di uno del Ministero delle Finanze; 8° dei due direttori generali e del capo dell'ufficio speciale studi e propaganda del Ministero delle Colonie; 9° di quattro esperti, estranei all'Amministrazione, liberamente scelti dal Ministro delle Colonie che li propone alla nomina regia ».

politica del decreto determinò allora l'autolimitazione della competenza dei consiglieri coloniali al solo *lato tecnico-giuridico delle proposte e all'esame della convenienza amministrativa*.

Il risultato della discussione, orientata in questo modo, portò quindi all'approvazione finale di un ordine del giorno presentato dai consiglieri Mosca e Biamonte che modificava sostanzialmente l'articolo 1 della bozza di decreto, subordinando le espropriazioni all'esistenza di domande istruite e attendibili, nonché all'introduzione nell'articolo 2 dell'obbligo della dichiarazione di pubblica utilità per ogni singolo esproprio. Inoltre, con riferimento al calcolo dell'indennità disciplinata dall'articolo 5 — che di fatto abrogava le norme del *Regio Decreto 25 agosto 1920 n. 1535*, ovvero il criterio della valutazione dell'immobile sulla base del giusto prezzo e ripristinava invece, per la determinazione dell'indennità, le norme del *Regio Decreto 2 settembre 1912 n. 1099*, vale a dire il criterio del valore medio nel quinquennio anteriore al 1912, salvo la facoltà per il magistrato di elevarlo, occorrendo, non oltre il 100 per 100 — veniva proposto l'aumento del limite massimo al 200 per 100.

La linea proposta da Volpi era dunque risultata vincente. Ed è notevole rilevare che il Ministro delle Colonie non apportò neppure le richieste modifiche nel sottoporre il decreto alla sanzione sovrana. Unica concessione fu la previsione di un generico *piano delle espropriazioni*, che una volta approvato dal governatore, avrebbe avuto la stessa efficacia della dichiarazione di pubblica utilità per ogni singola procedura ablativa.

13. *I risultati del 'sistema' realizzato da Volpi per la colonizzazione agraria. Conclusioni.*

Si concluse così una vicenda giuridica che portò ad un notevole incremento del controllo pubblico sui terreni agricoli, tanto che Filippo Cavazza, direttore dell'Ufficio di Colonizzazione creato da Volpi nel 1926, ben presto rese noto che « dopo nove anni di arresto assoluto di ogni attività nell'opera di formazione del demanio, che era rimasto di 3.600 ettari, in soli tre esercizi [...] gli uffici di colonizzazione e fondiario hanno potuto costituire un primo nucleo

di demanio di colonizzazione di ben 68.000 ettari scelti in zone atte alla valorizzazione agraria e vicine alla costa » (124).

Una linea di condotta resa possibile dalla presunzione di demanialità delle terre incolte prevista per la prima volta nel decreto Rossi ed ampliata da Volpi oltre il limite delle terre morte sino a consentire a prezzi irrisori l'esproprio generalizzato delle terre segnalate dall'Ufficio di Colonizzazione. Un meccanismo procedurale che, partendo dalla premessa generica che tutti i terreni incolti fossero demaniali, salvo a riconoscere in via di eccezione alcuni come di proprietà privata, si precisò meglio con i decreti governatoriali del 1922. Particolarmente efficace fu il potere attribuito all'Ufficio Fondiario di portare a termine le procedure di accertamento in base a stati di fatto e non attraverso l'esame delle posizioni di diritto, esercitando in molti casi anche la facoltà di concordare compensi con coloro che rivendicavano pretese o diritti. In questo modo si giungeva al riconoscimento dei requisiti della demanialità, non respingendo come infondate in diritto le ragioni degli interessati attraverso una estenuante procedura ma, perché non vi era più materia del contendere (125).

Vero è che questo sistema non aveva una configurazione giuridica tradizionale, « ma esso risolve praticamente quello che diversamente non fu mai risolto. Non affonda, né decide alcuna questione, ma ha il merito di eluderle tutte, e soprattutto dà politicamente e giuridicamente il più tranquillo dei risultati » (126). Il

(124) F. CAVAZZA, *La politica della colonizzazione*, in *Memorie e Studi sui quattro anni di governo del conte Giuseppe Volpi di Misurata*, Parte Terza, *La rinascita della Tripolitania*, Milano 1926, p. 205. Il saggio in parte, con il titolo *La colonizzazione in Tripolitania nel 1923*, era stato anticipato sulla « Rivista della Tripolitania », I, marzo 1925, pp. 3-39 con in allegato uno schizzo dei terreni demaniali in Tripolitania aggiornato al 1° gennaio 1924, che può essere utilmente confrontato con quello allegato alla succitata successiva pubblicazione dello stesso Cavazza che aggiornava la situazione al 30 giugno 1925.

(125) Con perfetta sintesi espositiva il Cavazza faceva appunto notare che « la decisione di demanialità viene quindi ad impernarsi non più sulla risoluzione di una controversia, il che porterebbe uno strascico di litigi, ma automaticamente, *ope legis*, per il decorso dei termini di legge, senza che contro le dichiarazioni di demanialità sia rimasta in piedi alcuna contestazione » (CAVAZZA, *La colonizzazione in Tripolitania*, cit., p. 12).

(126) *Ibidem*.

meccanismo di spoglio, messo in piedi in modo efficace dal 1921, reso operativo nel 1922 con la scelta dei terreni incolti preferibilmente intorno alle oasi ed alle città, e completato nel 1923 con il potenziamento del potere di esproprio per i terreni cosiddetti steppici e la modifica del criterio di determinazione delle indennità, diede rapidamente i suoi frutti. In realtà, quando Volpi lasciò Tripoli, il patrimonio demaniale della colonia, ossia le terre necessarie per procedere alla fase successiva delle concessioni, era stato rapidamente ed utilmente costituito.

Il regio decreto del 1923 completava dunque l'assetto normativo per la formazione del demanio italiano in Tripolitania dando preponderanza, come fu segnalato anche nella discussione del Consiglio Superiore Coloniale ⁽¹²⁷⁾, all'aspetto politico della colonizzazione su quello strettamente giuridico della legislazione vigente nel Regno. Una legale spoliazione il cui metodo fu criticato anche in Francia, pur se con ritardo: « le décret de 1923 a résolu avec une brutale simplicité le problème foncière » ⁽¹²⁸⁾.

Il sistema di formazione della proprietà dello Stato italiano in Tripolitania portato a compimento da Volpi — che richiama alla mente le proposte del Curis e del Franzoni — fu dunque il risultato di più iniziative normative di cui il ministro Federzoni non fu l'ispiratore ⁽¹²⁹⁾. La normativa sulla formazione del demanio coloniale nella sua forma compiuta fu espressione del programma degli ultimi ministri liberali da Rossi ad Amendola, che fornirono prima gli strumenti giuridici essenziali per la nuova colonizzazione e poi la sostennero senza ripensamenti, mentre solo per continuità di metodo trovò l'appoggio da parte del primo ministero Mussolini. In effetti, il sistema realizzato dal Volpi fu il risultato di una serie di provvedimenti tutti tra loro connessi e consequenziali.

Il regio decreto del 1923 che chiuse il sistema per la formazione del demanio in Tripolitania fu predisposto da Volpi per dare

⁽¹²⁷⁾ Cfr. le pagine dedicate in questo articolo al parere n. 27 del Consiglio Superiore Coloniale, paragrafo 12.

⁽¹²⁸⁾ J. DESPOIS, *La colonisation italienne en Libye, Problèmes et méthodes*, Paris 1935, p. 53.

⁽¹²⁹⁾ Del resto è noto che solo dal 1925 si delineò una politica fascista per le colonie, cfr. LABANCA, *Oltremare*, cit., pp. 172-178.

efficacia attuativa al programma espropriativo elaborato dall'Ufficio di Colonizzazione e quest'ultimo era stato in precedenza creato per evitare che l'Ufficio Fondiario esaurisse le proprie energie burocratiche nell'accertamento della demanialità di terreni non adatti alla valorizzazione agraria. Una vicenda in cui l'iniziativa del governo liberale fu centrale anche se i frutti furono colti anni dopo dal regime fascista.

Valorizzazione agraria, ovvero appropriazione dei terreni libici necessari per la colonizzazione italiana, che appunto nel 1926 Cavazza rivendicava all'azione del governatore Volpi e non al regime, come poi tentò di ribadire anche nel 1933, preoccupato dal discredito che la propaganda fascista accreditava ⁽¹³⁰⁾ per gli anni precedenti il 1923.

Un'opera di spoglio che a suo tempo con eccessiva sfrontatezza aveva sostenuto con l'infedele richiamo alle norme del diritto musulmano « per le quali — riprendendo un argomento già utilizzato con ignoranza dal Del Giudice — « la terra che è di Dio e per esso dell'autorità che sulla terra lo rappresenta, ossia il Governo, viene usucapita dal privato con la sua messa in valore e per messa in valore si intende non la semina saltuaria di terreni non sistemati o il pascolo, ma la vera e propria vivificazione » ⁽¹³¹⁾.

Un'interpretazione delle norme islamiche sulla proprietà fondiaria, secondo scienza e coscienza coloniale, che per il tono enfatico ben sottolinea l'assoluto disprezzo per il sistema giuridico dei sudditi coloniali. Lo Stato italiano non era certo il governo della *shari'a*.

In realtà, nel contatto con la civiltà musulmana, le ragioni dell'altro furono anche per il regime della proprietà fondiaria negate e violate. Valga a chiudere il discorso su questo particolare ed economicamente rilevante aspetto del rapporto con la diversità, che registrò una evidente continuità nell'atteggiamento dei governi italiani, il dato relativo all'incameramento delle estensioni coltivabili

⁽¹³⁰⁾ F. CAVAZZA, *Inizi e Sviluppi della colonizzazione agraria in Tripolitania*, in *Società Agraria di Bologna, La valorizzazione delle colonie italiane*, Bologna 1933, pp. 91-159; sull'affermazione di un coerente progetto di politica coloniale del « governo fascista appena insediato » e sui « fatalissimi errori » dei precedenti ministeri liberali (B. PACE, *La Libia nella politica fascista (1922-1935). La riconquista. La definizione dei confini. L'ordinamento*, Messina - Milano 1935, pp. 2 e ss.).

⁽¹³¹⁾ CAVAZZA, *La politica della colonizzazione*, cit., p. 203.

che avvenne innanzitutto nella zona intorno a Tripoli « quella più utile per far nascere interessi italiani e cercare di fissare nuove famiglie di coloni agricoltori » (132).

In conclusione l'obiettivo della riuscita della colonizzazione, sin dall'occupazione di Tripoli nel 1911, espresse una percezione della diversità che incardinò tutto il sistema della formazione del demanio italiano sulle differenze tra madrepatria ed oltremare, incoraggiando modelli giuridici che traevano linfa autonoma dalle cause profonde del dominio coloniale.

Non a caso Guglielmo Ciamarra, giudice in colonia per diversi anni, sin dal 1914 invitava « nel giudicare del nostro ordinamento (coloniale) » — e la sua è forse la più esplicita e sincera testimonianza delle conseguenze giuridiche della presenza italiana per la società indigena — a lasciare « il ricordo di altre terre, altri cieli, altre genti, che richiedono altri metodi ed altri sistemi » (133). Del resto, con più meditata e sistematica riflessione, anche il giovane ma già autorevole giuspubblicista Santi Romano, appena pochi anni dopo, segnalando l'eterogeneità delle fonti giuridiche, diede del diritto coloniale italiano una definizione che poneva in rilievo innanzitutto il carattere della specialità, da intendersi come impronta normale, regolare, non eccezionale, ovvero non temporanea, ma permanente (134).

(132) Ivi, p. 206.

(133) G. CIAMARRA, *La Giustizia nella Somalia. Raccolta di giurisprudenza coloniale*, Napoli 1914, p. V.

(134) Sulla definizione del diritto coloniale come diritto speciale, che si discosta « dalle disposizioni che formano il diritto comune dello Stato »: S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale impartito nel R. Istituto di Scienze Sociali C. Alfieri di Firenze. Appunti raccolti dal dott. Domenico Biscotti*, Vol. I, Roma 1918, p. 96.

ISABELLA ROSONI

L'ORGANIZZAZIONE POLITICO-AMMINISTRATIVA DELLA PRIMA COLONIA ERITREA (1880-1908)

1. I modelli di amministrazione coloniale. — 2. L'assoggettamento. — 3. L'autonomia. — 4. L'assimilazione. — 5. Caratteri comuni ai modelli amministrativi, ancora sull'assoggettamento. — 6. Il modello italiano: il dominio diretto. — 7. Da Assab a Massaua. — 8. Il Regolamento Celli. — 9. Dopo Dogali. — 10. L'istituzione della Colonia Eritrea. — 11. Il quadriennio del governatore Baratieri. — 12. Dopo Adua: la nuova politica coloniale. — 13. L'Ordinamento organico della Colonia Eritrea dell'11 febbraio 1900. — 14. L'Ordinamento organico della Colonia Eritrea del 30 marzo 1902. — 15. L'Ordinamento giudiziario per la Colonia Eritrea del 14 ottobre 1902. — 16. L'Ordinamento della Colonia Eritrea del 24 maggio 1903. — 17. I codici coloniali. — 18. L'Ordinamento giudiziario della colonia del 2 luglio 1908. — 19. Cittadini e sudditi coloniali.

1. *I modelli di amministrazione coloniale.*

Le potenze europee che si assicurarono i grandi domini d'oltremare maturarono nel corso dei secoli una cultura coloniale che comprese il diffondersi di studi di vario genere sulle popolazioni colonizzate, e comportò la messa a punto di esperienze militari e di governo, di una politica coloniale fatta di amministrazione, di istituzioni, di strutture, di mentalità e di forme economiche che coinvolsero sia i territori occupati che la madrepatria ⁽¹⁾.

(1) La letteratura sul colonialismo è ricchissima, una analisi efficace del sistema coloniale nei lavori di D.K. FIELDHOUSE, *Gli imperi coloniali*, Milano, Feltrinelli, 1967; ID., *Politica ed economia del colonialismo 1870-1945*, Roma-Bari, Laterza, 1996; A. ADU BOAHEN, (sous la direction de), *Histoire générale de l'Afrique. Vol. VII. L'Afrique sous domination coloniale. 1880-1935*, Paris, Unesco, 1989; A. MEMMI, *The colonizer and the colonized*, London, Earthscan, 1990; P. WILLIAMS, L. CHRISMAN (eds.), *Colonial Discourse and Post-colonial Theory. A Reader*, London, Harvester Wheatsheaf, 1994; M. FERRO, *Histoire des colonisations. Des conquêtes aux indépendances. XIII-XX siècle*, Paris, éd. du Seuil, 1994; G. CALCHI NOVATI, *Dalle parti dei leoni. Africa nuova, Africa vecchia*, Milano, Il Saggiatore, 1995; R.J.C. YOUNG, *Colonial desire. Hybridity in Theory, Culture and Race*, London-New York, Routledge, 1996; P. GUILLAUME, *Le monde colonial (XIX-XX siècle)*,

Il primo problema politico che si presentò dopo la conquista e l'occupazione dell'Africa (che si consumò nell'arco di qualche

2^a ed., Paris, Armand Colin, 1999; H. WESSELING, *La spartizione dell' Africa. 1880-1914.* (1991), Milano, Corbaccio, 2001; W. REINHARD, *Storia del colonialismo* (1996), Torino, Einaudi, 2002; M. FERRO (sous la direction de), *Le livre noir du colonialisme. XVI-XXI siècle: de l'extermination à la repentance*, Paris, Robert Laffont, 2003; G. CALCHI NOVATI e P. VALSECCHI, *Africa: la storia ritrovata. Dalle prime forme politiche alle indipendenze nazionali*, Roma, Cerocci, 2005; M. LY, *Africa alla rovescia*, Roma, Prospettive ed., 2005; O. LE COUR GRANDMAISON, *Coloniser, Exterminer. Sur la guerre et l'Etat colonial*, Paris, Fayard, 2005. AA.VV., *Sguardi incrociati sul colonialismo. Le relazioni dell'Europa con l'Africa, l'Asia e l'America Latina*, Roma, UCSEI, 2005, pp. 77-119; S. SACCONI, *Due colonizzazioni a confronto. La 'conquista' dell'America e la 'spartizione' dell'Africa*, Bologna, Patron ed., 2003; M.R. TURANO et P. VANDEPITTE (sous la direction de), *Afrique. Pour une histoire de L'Afrique*, Lecce, Argo, 2003.

Sul colonialismo italiano vedi R. BATTAGLIA, *La prima guerra d'Africa*, Torino, Einaudi, 1958; G. ROCHAT, *Il colonialismo italiano. Documenti*, Torino, Loescher, 1973; C. ZAGHI, *L'Africa nella coscienza europea e l'imperialismo italiano*, Napoli, Guida, 1973; A. MOCKLER, *Il mito dell'Impero. Storia delle guerre italiane in Abissinia e in Etiopia* (1972), Milano, Rizzoli, 1977; I. TADDIA, *L'Eritrea-Colonia 1890-1952. Paesaggi, strutture, uomini del colonialismo*, Milano, Franco Angeli, 1986; T. NEGASH, *Italian Colonialism in Eritrea, 1882-1941: Policies, Praxis and Impact*, Uppsala, Alemqvist & Wiksell Inter., 1987; A. DEL BOCA, *Gli Italiani in Africa Orientale*, 4 voll. Roma-Bari, Laterza, 1976-84, (poi ristampati da Mondadori nel 1992); ID., *Gli italiani in Libia. Tripoli bel suol d'amore. 1860-1922*, Roma-Bari, Laterza, 1986; ID., *L'Africa nella coscienza degli italiani. Miti, memorie, errori, sconfitte*, Roma-Bari, Laterza, 1992; G. CALCHI NOVATI, *Il Corno d'Africa nella storia e nella politica*, Torino, Sei, 1993; L. GOGLIA, F. GRASSI, *Il colonialismo italiano da Adua all'impero*, Roma-Bari, Laterza, 1993; A. TRIULZI, *Storia del colonialismo e storia dell'Africa*, in AA.VV., *Fonti e problemi della politica coloniale italiana*, Atti del convegno di Taormina-Messina, 23-29 ottobre 1989, 2 voll., Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1996, I, pp. 156-165; N. LABANCA, *Storia dell'Italia coloniale*, Milano, Fenice 2000, 1994; ID., *In marcia verso Adua*, Torino, Einaudi, 1993; ID., *Oltremare. Storia dell'espansione coloniale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2002; il volume monografico della rivista *Quaderni storici*, curato da Alessandro Triulzi e dedicato a: *La colonia: italiani in Eritrea*, n. 109, XXXVII, n. 1, 2002, che contiene articoli di Giulia Barrera, Uldelul Chelati Dirar, Barbara Sòrgoni, Silvana Palma, Gianni Dore e Federica Guazzini; G. MONINA, *Il consenso coloniale. Le Società geografiche e l'Istituto coloniale italiano (1896-1914)*, Roma, Carocci, 2002; A. ARUFFO, *Storia del colonialismo italiano. Da Crispi a Mussolini*, Roma, DataneWS Ed., 2003; P. PALUMBO (ed.), *A Place in the sun. Africa in Italian Colonial Culture from Post-Unification to the Present*, Berkeley, University of California Press, 2003. La antologia degli scritti di viaggiatori e coloni italiani, curata da A. Del Boca, *La nostra Africa*, Vicenza, Neri Pozza, 2003; A. Giovagnoli e G. De Zanna (a cura di), *Il mondo visto dall'Italia*, Milano, Guerini, 2004, dove la sezione dedicata all'Africa è curata da Alessandro Triulzi e contiene articoli di Marco Lenci, Giampaolo Calchi Novati, Pierluigi Valsecchi, Maria

decina di anni, fra il 1880 e il 1914) fu quello della amministrazione dei nuovi territori. Dalla varietà dei regimi instaurati nelle colonie, dal protettorato alla amministrazione diretta, emergono alcuni caratteri comuni: in primo luogo la convinzione della ‘perpetuità’ della occupazione occidentale, in secondo luogo la sostanziale indifferenza verso i problemi dei colonizzati. I colonizzatori, quali che fossero le convinzioni politiche o le professioni ideologiche sostenute nella patria d’origine, radicali, liberali o democratiche, diedero per assodato il diritto delle razze superiori a dominare i popoli di civiltà inferiore per un periodo di tempo indeterminato e comunque molto lungo, che sarebbe durato fino a che questi ultimi non avessero raggiunto un grado, ai loro occhi accettabile, di civiltà. La politica di espansione riservò poca attenzione ai problemi sociali degli indigeni: alla altissima mortalità, la sottoalimentazione, la scarsa igiene, l’istruzione. Possiamo dire che nella prima fase della colonizzazione (perlomeno fino alla prima guerra mondiale) ⁽²⁾ l’interesse maggiore della metropoli fu concentrato nello sfruttamento del lavoro indigeno e delle risorse della terra. Il lavoro coatto finalizzato alla costruzione delle grandi infrastrutture, l’accaparramento delle terre più ricche e redditizie e delle ricchezze del sottosuolo, la creazione dei presupposti per consentire l’installazione delle grandi imprese di produzione e di commercio. Da parte loro le amministrazioni coloniali si rivelarono un *partner* della madrepatria attivo ed efficiente, preoccupato di garantire alla minoranza bianca la conquista di tutte le leve del potere politico ed economico, di creare cioè quella aristocrazia coloniale che univa idealmente i tratti distintivi della superiorità di razza e di civiltà.

Il dominio venne esercitato senza grandi riguardi verso le

Cristina Ercolessi; AA.VV., *Sguardi incrociati nel colonialismo*, cit.; R. BEM-GHIAT and M. FULLER (eds.), *Italian Colonialism*, New York, Palgrave Macmillan, 2005.

(2) Lo scoppio della guerra tra le potenze occidentali indeboli non poco quegli argomenti che sostenevano ideologicamente il dominio coloniale. Innanzitutto la barbarie e la incapacità di convivenza non erano più soltanto un attributo dei popoli selvaggi, ma regnavano ora nella civile Europa. Secondariamente si frantumava quella solidarietà che aveva permesso ai governi occidentali di mostrarsi compatti di fronte ai popoli occupati. Infine, nel dopoguerra, l’onnipotenza europea venne intaccata dalle due grandi potenze anticoloniali, gli Stati Uniti e l’Unione Sovietica, che offrirono solidarietà attiva anche ai processi di emancipazione delle colonie.

popolazioni soggette, secondo gli spregiudicati criteri della *real Politik*. Unico limite le cautele politiche, che consigliavano, ove non fosse possibile governare direttamente con i quadri delle proprie amministrazioni, di associare al potere coloniale alcuni rappresentanti del potere pre-coloniale che garantissero, attraverso la loro presenza, la sottomissione delle popolazioni indigene.

Il discorso ideologico chiamato a legittimare l'espansione coloniale fu anche esso concorde: la consapevolezza del dovere tutorio dell'Europa nei confronti dei 'popoli selvaggi' non conobbe in quegli anni incrinature. L'esportazione della civiltà dalla Europa verso le colonie comprese, fra i suoi mezzi, anche il ricorso alla forza e alla guerra, a quelle pratiche arcaiche di assoggettamento che caratterizzarono la prima colonizzazione e che traspaiono, neanche tanto nascoste, dietro le pedagogie civilizzatrici ⁽³⁾.

I cultori del diritto coloniale che tracciarono una teoria generale della organizzazione giuridica delle colonie partirono non tanto dall'analisi politica della costituzione giuridica degli imperi coloniali, così come si presentavano nel corso della loro formazione, quanto dal problema fondamentale della colonizzazione, e cioè dalla natura

⁽³⁾ Scrive il futuro governatore Ferdinando Martini al ritorno dal suo primo viaggio in Eritrea (1891): « Chi dice che s'ha da incivilire l'Etiopia dice una bugia o una sciocchezza. Bisogna sostituire razza a razza: o questo o niente: lo affermava Munzinger trent'anni fa, quando la schiettezza era lecita. All'opera nostra l'indigeno è un impiccio; ci toccherà dunque volenti o nolenti rincorrerlo, aiutarlo a sparire, come altrove le Pelli Rosse, con tutti i mezzi che la civiltà, odiata da lui per istinto, fornisce: il cannone intermittente e l'acquavite diuturna. È triste a dirsi ma pur troppo è così. I colonizzatori sentimentali si facciano coraggio: *fata trabunt*; noi abbiamo cominciato, le generazioni avvenire seguiranno a spopolare l'Affrica de' suoi abitatori antichi fino al penultimo. L'ultimo no: l'ultimo lo addestreranno in collegio a lodarci in musica, dell'avere, distruggendo i negri, trovato finalmente il modo di abolire la tratta! [...]. Abbiamo invaso l'Abissinia non provocati, per violenza, contro ogni giustizia; ci scusiamo dicendo che gl'Inglese, i Russi, i Francesi, i Tedeschi, gli Spagnuoli fecero altrove altrettanto. E sia. Non possiamo abbandonarla per molte ragioni, e non senza molta vergogna. Lo credo anch'io, e sta bene. Risparmiamoci dunque la vergogna, ma non scrupoleggiamo, per timore degli effetti sopra violenze e ingiustizie minori, le quali ora andiamo commettendo [si riferisce alle confische delle terre abissine]. Non pregiudichiamo nulla per finzione o per rispetto umano; le ingiustizie e le violenze saranno necessarie un giorno o l'altro; tanto più necessarie quanto migliore il successo dell'impresa a cui ci accingiamo ». F. MARTINI, *Nell'Affrica italiana* (1891), Milano, Touring Club Italiano, 1998, pp. 42-44.

e dalla qualità dei rapporti politici che legavano la colonia alla madrepatria. Da questo esame emersero tre concezioni del vincolo coloniale. Si tratta dei tre modelli, formulati per la prima volta dalla scienza coloniale francese ⁽⁴⁾, e poi digeriti e rielaborati dal pensiero coloniale europeo, che contribuirono fortemente a produrre il mito del buon governo coloniale con il quale dovettero confrontarsi, da allora in avanti, tutte le successive amministrazioni d'Oltremare. Le tre formule dell'assoggettamento, dell'autonomia, dell'assimilazione, non espongono completamente la politica coloniale di questo o quello stato, ma se mai le principali modalità del rapporto che si creò tra potenze colonizzatrici e popoli colonizzati. Tre modelli interpretativi utili anche oggi per orientarsi nell'analisi della attività politica ed economica delle singole potenze coloniali ⁽⁵⁾.

2. *L'assoggettamento.*

È il sistema di governo coloniale più antico (da alcuni autori definito 'arcaico') che caratterizza i primi secoli della colonizzazione. La potenza coloniale considera la colonia come una cosa propria, un oggetto di dominio che può organizzare e di cui può disporre come meglio crede sia in relazione al territorio sia in relazione alle popolazioni native. Queste ultime sono prive di diritti soggettivi di fronte allo Stato, ma conservano, sia pure senza garanzie legali, le proprie istituzioni e il proprio diritto, specie in relazione al diritto di famiglia, allo statuto personale e successorio, ad alcuni gradi di giurisdizione in materia civile.

⁽⁴⁾ A. GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, 2 voll, Paris, Sirey, 1907-1908³. Fra i fondatori della scienza coloniale francese ricordiamo G. DUVAL, *Les colonies et la politique coloniale de la France* (1864); P. LEROY-BEAULIEU, *La colonisation chez les peuples modernes*, Paris, Felix Alcan ed., 1874. La prima traduzione italiana dell'opera di Leroy-Beaulieu, con il titolo *La Colonizzazione presso i popoli moderni*, venne pubblicata a Torino dalla UTET nel 1897, arricchita di note del prof. Attilio Brunialti (professore di Diritto costituzionale, Consigliere di Stato e Deputato al Parlamento); E. BAILLAUD, *La politique indigène de l'Angleterre en Afrique Occidentale*, Paris-Toulouse, Hachette-Edouard privat ed., 1912.

⁽⁵⁾ Cfr. P. COSTA, *Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, Bari, Laterza, 2001, pp. 489 ss.; U. CHELATI DIRAR, *Il colonialismo europeo e l'Africa: una lettura africana*, in AA.VV., *Sguardi incrociati sul colonialismo. Le relazioni dell'Europa con l'Africa, l'Asia e l'America Latina*, cit., pp. 77-119.

Dal punto di vista economico la colonia è considerata come istituita nell'interesse esclusivo della metropoli. Il sistema particolare del « patto coloniale » (6) mette in pratica la nota formula « le colonie sono fatte dalla metropoli e per la metropoli », e infatti pretende che tutti gli scambi commerciali della colonia avvengano solo per il suo tramite.

Dal punto di vista politico-amministrativo la colonia si colloca fuori dalle garanzie costituzionali (7). Il carattere dell'ambiente coloniale agisce sul modo di essere della disciplina giuridica e delle istituzioni: così ad esempio i concetti di 'ordinamento costituzionale democratico', di 'Stato di diritto', ecc., non possono non subire nelle colonie, malgrado la migliore volontà, deroghe importanti e radicali (8).

I possedimenti coloniali non fanno parte del *pays légal*, organizzato per *résister au pouvoir de domination* (9), i suoi abitanti non godono né delle stesse garanzie costituzionali, né della stessa legalità di quelli della madrepatria.

Il principio dell'assoggettamento comporta: l'accentramento del potere nelle mani di una unica autorità, il ministro delle Colonie o il governatore coloniale; la massima estensione dei poteri di quest'ultimo, in genere per delega del governo centrale; la mancanza di garanzie costituzionali sia per i sudditi coloniali, sia per i cittadini coloni, ai quali sono negate forme di partecipazione agli affari pubblici (10).

(6) Così A. MORI (R. Agente coloniale della Somalia Italiana), *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, prefazione di Giacomo Agnesa, Direttore generale degli affari coloniali, Roma, Tip. della camera dei deputati, 1912, p. 470.

(7) S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale impartito nel R. Istituto di Scienze Sociali "C. Alfieri" di Firenze. Appunti raccolti dal dott. D. Biscotti, vol. I (parte generale)*, Roma Athenaeum, 1918, pp. 105 ss. L'opera presenta una sintesi dei problemi giuridici della colonizzazione. Ha il merito di rappresentare il primo tentativo del genere realizzato in Italia e di aver quindi gettato le basi di una nostra scienza giuridica coloniale. Purtroppo lo studio è restato incompleto dato che alla parte generale (vol. I) non ha fatto seguito altra trattazione.

(8) Vedi R. QUADRI, *Diritto coloniale*, Padova, Cedam, 1950, p. 2.

(9) M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1911, p. 328.

(10) G. MONDAINI, *Colonie* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. III, 1938, pp. 311-318, p. 316. Tra le figure più rappresentative della scienza coloniale italiana, Gennaio

Il sistema dell'assoggettamento caratterizza le prime conquiste successive alle grandi scoperte geografiche, tuttavia nel XIX secolo, viene adottato anche nel momento in cui si rinsaldano i termini del dominio coloniale. In questo primo periodo, di regola, i poteri dello stato colonizzatore sono concentrati nell'autorità militare; solo quando la conquista si è consolidata, la guida della colonia può essere affidata a una autorità civile per l'esercizio di un sistema di governo analogo a quello della metropoli, fondato sulla divisione dei poteri ⁽¹¹⁾.

Un sistema di transizione quindi, secondo l'opinione di alcuni autori, e infatti, a partire dal XIX secolo, quando ormai gli stati europei avevano avuto agio di sperimentare regimi amministrativi e politici di occupazione, venne progressivamente abbandonato e prevalsero, nella compiutezza sia teorica che organizzativa, i due modelli dell'autonomia e dell'assimilazione che caratterizzarono, in termini assai generali, le politiche coloniali messe in pratica dai due più grandi imperi, quelli inglese e francese. I cultori delle scienze

Mondaini aveva affrontato fra i suoi primi lavori il tema del diritto coloniale internazionale: *La sfera d'influenza nella storia coloniale e nel diritto*, Napoli, Ed. Cozzolino, 1902. Successivamente ritornerà sul tema del diritto coloniale: G. MONDAINI, *Il carattere di eccezionalità della storia e del diritto coloniale e le nuove formule giuridiche di espansione territoriale nelle colonie*, in « Rivista coloniale », 1907, gennaio-giugno, pp. 5-32; Id., *Un tentativo di scienza coloniale (la colonistica del De Lannoy)*, in « Rivista coloniale », 1916, dicembre, pp. 705-721; Id., *Storia coloniale dell'epoca contemporanea*, Firenze, Barbera ed., 1916; Id., *Il mandato coloniale*, in « Rivista coloniale », 1921, marzo, pp. 93-106; Id., *I presupposti giuridici della colonizzazione agraria nella evoluzione coloniale italiana*, Roma, Oida. Ed. Univ., 1938; Id., *Tradizione e innovazione nell'incipiente ordinamento fondiario dell'Africa Orientale Italiana*, in *Atti della R. Accademia dei Georgofili*, 1941. Mondaini pubblicò il primo manuale di diritto coloniale, ad uso non solo degli studenti universitari ma di tutti i cultori degli studi coloniali, giuridici e storici: *Manuale di storia e legislazione coloniale del Regno d'Italia*, in 2 voll., Roma, A Sampaolesi, il secondo volume, *Legislazione*, usciva nel 1924, il primo volume *Storia coloniale*, usciva nel 1927. Il *Manuale* fu poi aggiornato e ristampato negli anni quaranta con il titolo: *La legislazione coloniale italiana nel suo sviluppo storico e nel suo stato attuale (1881-1940)*, 2 voll., 2^a ed.; Milano, Istituto per gli studi di politica internazionale, 1941. Ancora nel 1940 Mondaini pubblicava *Il diritto coloniale italiano nella sua evoluzione storica (1882-1939)* negli *Studi in onore di Carlo Calisse*, Milano, Giuffrè, 1940. Scrisse infine le voci: *Occupazione coloniale* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IX, 1939, pp. 5-7; *Protettorato coloniale* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. X, 1939, pp. 793-7; *Sfera d'influenza* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, p. I, 1940, pp. 252-5.

(11) ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 108.

coloniali vollero vedere nei due sistemi le due caratteristiche ‘nazionali’ dell’empirismo e del dogmatismo. L’empirismo della Gran Bretagna, ispirato alla conservazione degli usi e costumi locali e teso al mantenimento della pace interna dei territori; il dogmatismo della Francia, improntato alla esportazione dei modelli culturali e dei sistemi politici e amministrativi della madrepatria (12).

3. *L'autonomia.*

Il sistema dell’autonomia connota la politica coloniale della Gran Bretagna (13). Attribuisce alla colonia una forma di organizzazione politico-amministrativa che la renda in grado di limitare l’autorità della madrepatria; è un sistema che punta a costruire una rete di rapporti politici ed economici di reciproco vantaggio tra la metropoli e la colonia. Nel campo politico-amministrativo il principio dell’autonomia porta verso il più ampio e formale riconoscimento di tutti i diritti civili o politici dei sudditi coloniali e allo sviluppo delle forme di autogoverno.

Nelle fasi iniziali della conquista, e quando le condizioni sociali della colonia sono più arretrate, l’autonomia si realizza nella istituzione di organi di controllo della autorità del governatore (per esempio i consigli esecutivi di nomina regia o misti, posti *a latere* del governatore nelle colonie inglesi della Corona) (14). Nelle fasi più avanzate, quando le istituzioni coloniali sono più emancipate, il principio della autonomia porta alla istituzione di un governo coloniale responsabile di fronte alle assemblee rappresentative coloniali anziché al governo centrale. È il caso delle colonie autonome inglesi del XIX secolo e soprattutto dei *Dominions* dell’impero britannico, dove il Governatore generale rappresenta il Re e non il governo centrale, e quindi regna in rappresentanza del Re ma non governa, così come il Re nella madrepatria (15).

(12) Cfr. D. VENERUSO, *Presentazione* a R. Von ALBERTINI, *La decolonizzazione. Il dibattito sull'amministrazione e l'avvenire delle colonie tra il 1919 e il 1960*, Torino, SEI, 1971, p. 16.

(13) Vedi J. MORRIS, *Pax britannica. L'apogeo di un impero*, Milano, Rizzoli, 1983.

(14) MONDAINI, *Colonie* (voce), cit., p. 316.

(15) Ivi, p. 316.

Non bisogna tuttavia pensare che la adozione del sistema della autonomia liberi la colonia dalla soggezione alla metropoli. « Autonomia non significa secessione ma una particolare condizione giuridica voluta per la colonia dalla metropoli, se questa dunque stabilisce per la colonia un ordinamento giuridico, che le conferisce un'autonomia più o meno larga, ciò significa che ha potestà sulla colonia, altrimenti non potrebbe costituire tale ordinamento » (16).

La Gran Bretagna, per estensione di territori senza dubbio la prima potenza coloniale del mondo, si preoccupò soprattutto di garantirsi un ritorno economico e una salda posizione politica e strategica. Preferì lasciare una maggiore autonomia non tanto ai popoli amministrati, quanto ai governatori che rappresentavano, nei territori, il governo di Sua Maestà. Le colonie del Regno Unito (17)

(16) Così S. Romano, che prosegue: « Anche il Comune è un ente autonomo, ma è sempre e fondamentalmente sottoposto allo Stato. Autonomia non vuol dire condizione per cui le colonie hanno una potestà originaria, connaturata con la loro struttura, che derivi dalla propria forza; essa è condizione che riposa sull'ordinamento giuridico imposto dalla metropoli e quindi conferma la potestà di quest'ultima sulla colonia. Anzi è da rilevare che, quando si segue il sistema dell'autonomia, la mancanza di fusione fra metropoli e colonia viene riaffermata, pure essendo nello stesso riaffermata la dipendenza della seconda dalla prima ». *Corso di Diritto coloniale*, cit., p. 34. Anche MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., p. 472, scrive: « [...] né d'altra parte risponde ad una valutazione esatta dei fatti vedere nel processo della autonomia il mezzo soltanto per preparare senza scosse l'emancipazione della colonia, ed il suo inevitabile distacco dalla metropoli. Infatti i risultati delle nostre indagini sulle colonie inglesi ci hanno mostrato come le colonie a self-government, piuttosto che alla separazione assoluta, tendano all'interesse comune [...] alla pratica applicazione di una unione sempre più stretta fra colonie e metropoli considerate l'una e le altre come parti d'uno stesso Impero; e si dibattano ora soltanto nella ricerca di un compromesso fra le due opposte concezioni della libera cooperazione delle singole parti componenti l'Impero o della loro costituzione federale ».

(17) La distinzione operata all'interno dell'Impero britannico tra *Dominions* e colonie (fatta eccezione per la particolare posizione dell'India) permise infatti al Regno Unito di operare due diverse politiche coloniali. I *Dominions* erano colonie di popolamento, abitate prevalentemente da coloni di origine inglese, che in precedenza avevano cacciato o eliminato (*refoulement*) le popolazioni indigene non molto numerose, e che, anche dopo la conquista dell'indipendenza rimanevano legate per molteplici fili alla madrepatria. I *Dominions* furono un espediente giuridico-politico per conservare nell'orbita dell'impero britannico i territori di civiltà occidentale desiderosi di sottrarsi alla opprimente condizione coloniale: il Canada, la Nuova Zelanda, l'Australia, il Sudafrica. La loro istituzione costituì un mezzo efficacissimo per il mantenimento dei vincoli

furono amministrate in modo diverso a seconda che si trattasse dei domini più antichi dell'India, o di quelli più recenti dell'Africa, tuttavia una costante della politica coloniale inglese fu quella di privilegiare l'*indirect rule*, un sistema di governo che lasciava larghe autonomie amministrative alle popolazioni soggette. I capi locali erano parte integrante del governo coloniale, con poteri e funzioni definiti e riconosciuti dal governo centrale e dalle sue leggi. Il massimo teorico del sistema fu sir Frederick Lugard⁽¹⁸⁾ che prima ne sperimentò l'applicazione nel corso della sua esperienza di Governatore della Nigeria e poi ne definì ideologia e principi nel saggio *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, pubblicato nel 1922.

Quello che sarebbe stato definito come il sistema dell'autonomia si fondò, perlomeno per i territori africani, più sul principio della collaborazione che su quello della subordinazione al residente britannico. Quest'ultimo esercitava essenzialmente delle funzioni consultive e non esecutive, mentre i capi africani continuavano a giocare il loro ruolo tradizionale seguendo le direttive precise, ma non rigide, dell'amministrazione coloniale⁽¹⁹⁾.

esistenti tra le diverse parti dell'impero britannico. Le colonie invece, soprattutto nel continente africano, erano territori abitati prevalentemente da popolazioni di razza non bianca, dal punto di vista istituzionale erano definiti 'territori con autogoverno' e come tali sottoposti al controllo coloniale.

⁽¹⁸⁾ Sir Frederick Lugard (1858-1945), fu alto commissario (1900-1907) e poi governatore (1912-1914) della Nigeria del Nord, infine governatore della Nigeria (1914-1919). Nel 1922 pubblicò *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, London, 1922, nel quale diede conto del sistema di governo coloniale inglese. Con il concetto di 'dual mandate' Lugard immaginava che le potenze coloniali fungessero da *trustees* sotto due aspetti: nell'interesse e nella difesa della popolazione indigena da una parte ma anche nell'interesse di tutto il mondo dall'altra. Poiché le nazioni civili, in particolare quelle europee, non possono fare a meno di materie prime tropicali e di generi alimentari, spetta loro un diritto morale di appropriarsi di tali prodotti là dove esistono, mentre le popolazioni primitive non hanno il diritto di impedirne l'accesso e lo sfruttamento per il solo fatto che abitano in quelle terre. I tropici, scrive Lugard, sono l'eredità dell'umanità e nessun potere sovrano ha l'esclusiva del loro sfruttamento. Viene così fondato il *diritto legittimo* al dominio coloniale, a condizione che la potenza coloniale non ne impedisca alle altre potenze l'accesso, monopolizzandolo a proprio vantaggio.

⁽¹⁹⁾ I critici dell'*indirect rule* misero in evidenza la sua strutturale debolezza e la infondatezza, alla luce dei successivi sviluppi del colonialismo, dei suoi presupposti ideologici. Una delle più pertinenti rilevò come l'*indirect rule* più che porre le basi per

Prodotto in un periodo nel quale si consolidarono le teorie del razzismo biologico, il modello dell'*indirect rule* traeva la sua forza dalla convenienza, nel bilancio generale, degli investimenti umani ed economici ⁽²⁰⁾ e si fondava su un ben identificabile pregiudizio di natura ideologica: la convinzione che il sistema di vita e le istituzioni politiche britanniche difficilmente potessero adattarsi con successo agli altri popoli che, in buona sostanza, non avrebbero mai sviluppato istituzioni simili a quelle europee. La prassi di far partecipare al potere coloniale le autorità africane, nei loro ruoli politici tradizionali o in quelli che imponevano loro gli europei (ma comunque in posizioni di subordinazione) trovò giustificazione in una serie di valide ragioni. In primo luogo la penetrazione del continente africano avvenne ad un ritmo tale che il personale europeo disponibile divenne rapidamente insufficiente per amministrare i nuovi possedimenti. In secondo luogo l'occupazione si estese a numerose regioni con le quali non era stato mai stabilito alcun contatto europeo ed era quindi impossibile una amministrazione diretta. Infine fu generalmente accettato non soltanto il principio dell'impero 'a buon mercato', che non costasse direttamente niente o quasi niente alla madrepatria, ma si pensò anche che, meno l'ordine sociale fosse stato turbato, più la cooperazione indigena sarebbe stata attiva.

Nella pratica coloniale inglese infatti (e di qui il pragmatismo cui sopra si accennava), pesarono molto poco le questioni di principio o gli appelli di civiltà: gli inglesi non pensarono mai di imporre ai sudditi coloniali i propri stili di vita e le proprie istituzioni, se mai queste sarebbero maturate con il tempo, in ragione della naturale superiorità della civiltà della madrepatria. Tutti i sottoposti della Corona, che fossero nativi delle colonie o della madrepatria, erano a rigore sudditi britannici, ma questo non comportava automatica-

una autonomia amministrativa locale, creò o rafforzò un sistema 'feudale' inefficiente, corrotto e alla fine comunque costoso. Affondò sotto una armatura autoritaria e anacronistica gli elementi di democrazia che pure erano presenti nelle società tribali. Fu insomma più un veicolo di conservazione che di progresso. Vedi, uno per tutti, NEGASH, *Italian Colonialism in Eritrea*, cit.

⁽²⁰⁾ Un fattore che giocava in favore dell'*indirect rule* era la sua economicità. Solo per fare un esempio, nel 1931, una regione come la Nigeria, con 18 milioni di abitanti, poteva essere amministrata con solo 431 funzionari britannici, e per il resto affidata ai capi locali. Vedi NEGASH, *Italian Colonialism in Eritrea*, cit., p. 93.

mente che nelle colonie vigesse lo stesso diritto civile della madrepatria. Gli inglesi non pensarono mai di parificare giuridicamente il cittadino nato o originario del Regno Unito al suddito coloniale. Dal punto di vista della cittadinanza infatti, solo i nativi della metropoli erano cittadini britannici, gli altri erano sudditi dell'Impero ⁽²¹⁾.

4. *L'assimilazione.*

La politica dell'assimilazione tende a creare, nella colonia, una società più somigliante possibile a quella della metropoli, nella lingua, nelle tradizioni, nella cultura, nel diritto, nelle istituzioni, nelle forme economiche. Secondo i suoi fautori la colonia dovrebbe diventare una seconda madrepatria. Stesso regime politico, stesso statuto politico e giuridico per indigeni, coloni e cittadini. Di conseguenza l'amministrazione locale della colonia è parificata a quella della madrepatria, nelle forme provinciali, municipali, dipartimentali ecc.

Il sistema dell'assimilazione è tradizionalmente identificato nella politica coloniale delle genti latine. Nella storia più recente la Francia è stata la sua più consapevole interprete soprattutto perché trapiantò nei territori d'Oltremare quel centralismo amministrativo che costituiva il suo tessuto connettivo ⁽²²⁾.

La politica coloniale francese perpetua infatti l'ideale della

⁽²¹⁾ Sul tema della cittadinanza nell'Impero britannico vedi P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 3. *La civiltà liberale*, cit., pp. 470 ss.

⁽²²⁾ Per un approfondimento del sistema coloniale francese vedi, fra i tanti, A. SERRAUT, *La mise en valeur des colonies françaises*, Paris, Payot, 1923; HARDY, *La politique coloniale et le partage de la terre aux XIX et XX siècles*, Paris, éd. Albin Michel, 1937; Ch.-A. JULIEN, (sous la direction de), *Les techniciens de la colonisation (XIX-XX siècles)*, Paris, PUF, 1947; H. DESCHAMP, *Les Méthodes et les doctrines coloniales de la France*, PUF, Paris, 1953; A. RUSCIO, *Le credo de l'homme blanc. Regards coloniaux français XIX-XX siècles*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1995; H. BRUNSCHWING, *Noirs et blancs dans l'Afrique noire française ou comment le colonisé devient colonisateur (1870-1914)*, Paris, Flammarion, 1983; O. COLOMBANI, *Mémoires coloniales. La fin de l'Empire français d'Afrique vue par les administrateurs coloniaux*, Paris, La Découverte éd., 1991; FERRO, *Histoire des colonisations. Des conquêtes aux indépendances. XIII-XX siècle*, cit.; GUILLAUME, *Le monde colonial (XIX-XX siècle)*, cit.; infine una analisi del sistema amministrativo coloniale in P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, 1968, pp. 158-199.

tradizione giacobina sperimentata nelle *vieilles provinces* americane (23): abbattere ogni barriera culturale, politica ed amministrativa che differenzi i territori e i cittadini coloniali da quelli della madrepatria.

Sviluppata nel corso della seconda metà del diciottesimo secolo, la teoria dell'assimilazione fu largamente praticata nelle colonie francesi delle Indie Occidentali (24). Nel continente africano il più importante esempio di questa politica furono i quattro cantoni del Senegal (Gorée, St.Louis, Dakar, Rufisque) dove i nativi godettero della piena cittadinanza e dei diritti elettorali e inviarono a Parigi i loro deputati di colore.

Nella *citoyenneté* dell'indigeno è contenuta la specifica concezione francese dell'*assimilation*. La teoria si fonda sull'ipotesi, tutta ottimistica, di poter portare l'africano al livello della civiltà metropolitana per potere poi assimilarlo. Contiene, anche essa, implicitamente, la convinzione della superiorità della civiltà della metropoli su quella della colonia, e prevede soprattutto la possibilità di giocare su un lungo periodo di transizione, nel corso del quale l'indigeno non potrà godere dei diritti politici dell'uomo bianco, perlomeno fino a che non verrà da questi elevato al proprio livello di civilizzazione (25).

Proprio a causa di questo processo di civilizzazione la cittadinanza francese veniva estesa in misura del grado di ricezione della cultura metropolitana ricevuta o assimilata. In via di principio ad ogni indigeno era aperta la strada della naturalizzazione, ma questa doveva essere proposta dall'amministrazione ed era vincolata ad una serie di condizioni: la conoscenza della lingua francese, l'assolvimento del servizio militare, la rinuncia allo statuto personale e la sottomissione al diritto francese: in sostanza l'uscita dalla propria comunità d'origine, dalla cultura, dalla religione, dal diritto, e

(23) Qui la politica di integrazione e di assimilazione inaugurata dalla Rivoluzione francese era stata favorita anche dalla limitatezza del territorio, dallo scarso numero degli abitanti sia bianchi che di colore, infine dalla eterogeneità del patrimonio culturale espresso dagli ex schiavi che provenivano da comunità africane assai diverse.

(24) Vedi GUILLAUME, *Le monde colonial (XIX-XX siècle)*, cit., p. 169.

(25) Cfr. la ottimistica esposizione di tale dottrina in P. GAFFAREL, *Les colonies françaises*, Paris, Felix Alcan, 1899.

l'ingresso nella comunità della madrepatria ⁽²⁶⁾. Tuttavia, eccezion fatta per gli ebrei d'Algeria, che nel 1870 erano divenuti cittadini con un decreto speciale, per gli abitanti delle *vieilles colonies* americane e per le comunità senegalesi, che nel diritto civile e in quello amministrativo erano integrate e assimilate, gli indigeni restarono sempre sudditi, *sujets*, e non si trasformarono mai in cittadini, titolari dei diritti e dei doveri dei metropolitani, nonostante tutte le colonie facessero parte integrante dello Stato.

La Francia infatti, già al momento della conquista dell'Algeria (1830), una volta sperimentata positivamente la trasformazione del territorio algerino in territorio metropolitano (con la creazione dei dipartimenti), si scontrò con la impossibilità di applicare lo stesso criterio alla popolazione ⁽²⁷⁾. L'esperienza algerina determinò quella anomalia che condizionerà a lungo il sistema coloniale francese: la frattura fra i due elementi costitutivi della colonia: il territorio e il popolo. Mentre il primo beneficiava della appartenenza integrale allo Stato, il secondo subiva la discriminazione operata tra cittadini e sudditi. I francesi immigrati in colonia e i loro discendenti godevano dello *status* di cittadini, parificati a tutti gli effetti nei diritti e nei doveri ai metropolitani, invece le popolazioni locali restavano suddite, oggetto della potestà statale, protette dal solo fragile scudo del loro statuto personale. I *sujets* non godevano dei diritti politici assicurati dal codice civile (e quindi del diritto di voto) e delle libertà personali. Essi avevano un codice speciale per le imposte, per il servizio militare e per il diritto penale, ed erano sottoposti alle *corvées* per i lavori pubblici e all'*indigénat*, una giustizia speciale gestita dalla amministrazione coloniale che permetteva l'abbreviamento delle procedure, ma poi consentiva l'internamento, la confisca e le pene collettive. Con la distinzione tra *citoyens* e *sujets* all'interno della Repubblica, era assicurata la posizione speciale delle minoranze europee e il potere della Francia. Se la contraddizione tra la avanzata democrazia del regime francese della madrepatria e il rigido paternalismo del dominio coloniale costituiva il punto debole del sistema, tuttavia il modello, portato fino alle estreme conseguenze della applicazione dei principi democratici e dei valori

(26) VON ALBERTINI, *La decolonizzazione*, cit., p. 476.

(27) GUILLAUME, *Le monde colonial (XIX-XX siècle)*, cit., p. 170 ss.

elaborati dalla Rivoluzione, avrebbe fatalmente comportato una sostanziale eguaglianza tra metropoli e colonie, la dissoluzione del regime coloniale, e di qui l'indipendenza ⁽²⁸⁾.

A differenza della politica della autonomia che gioca su terreni pragmatici, la politica della assimilazione ha una forte componente ideologica. Per quanto riguarda le relazioni tra colonizzati e colonizzatori presuppone la possibilità e anche la desiderabilità della assimilazione culturale dei soggetti inferiori nella superiore cultura francese. Trasse la sua forza dalla disponibilità delle popolazioni indigene a farsi colonizzare da una cultura che intendevano come più elevata e dalla consapevolezza dei colonizzatori di essere detentori di un modello di vita migliore e soprattutto esportabile. Infatti, in linea generale, l'aspirazione alla uniformità di trattamento che caratterizzò il sistema francese, e tese a limitare sia le differenze esistenti tra le diverse forme amministrative delle colonie, dei protettorati, dei territori sottoposti a mandato, sia, seppure in una lunga prospettiva storica, le differenze tra coloni e colonizzati, è figlia della tradizione giacobina che riposa sul principio di una legge uguale per tutti i cittadini, senza distinzioni di razza. Se le colonie sono, potenzialmente, province d'oltremare, con una struttura analoga a quella della metropoli e sono sottoposte alle medesime leggi, di

⁽²⁸⁾ Scrive a questo proposito Santi Romano: «Quando è adottato il sistema dell'assimilazione, si potrebbe a prima vista ritenere che vi sia contraddizione tra il concetto di colonia, come paese accessorio, ed il concetto stesso di assimilazione, che implica uguaglianza del territorio coloniale e di quello metropolitano. L'assimilazione nega la mancata fusione, che noi invece abbiamo affermato, tra la colonia e la metropoli. Il rilievo però sarebbe inesatto: il così detto sistema d'assimilazione altro non è che una tendenza politica, per cui la metropoli si propone di dare alla colonia un ordinamento giuridico, più che si può, simile a quello della stessa metropoli. Ma è una tendenza che non può essere attuata pienamente, altrimenti la colonia cesserebbe di essere tale. Una colonia, infatti, che sia stata fusa e sia diventata parte integrante della metropoli, non è più colonia. Finché essa esiste, non può evidentemente essere assimilata in tutto e per tutto alla metropoli. Il sistema dell'assimilazione non è dunque che un programma, che si sa che non può essere mai attuato per intero», *Corso di Diritto coloniale*, cit., p. 33. Concorde il giudizio di Mori: «L'assurdo della assimilazione integrale sta nel necessario adattamento alla colonia delle stesse leggi e degli stessi istituti della metropoli, dimenticando che leggi e istituti sono utili, autorevoli, ed efficaci, solo in quanto rispondono alle condizioni etniche, geografiche e sociali del popolo che li ha prodotti ed al quale vengono applicati». MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., p. 472.

conseguenza gli indigeni sono francesi potenziali, che nonostante la diversità di colore della pelle, di religione e di tradizione culturale sono compresi dalla civiltà supnazionale francese, possono ottenere il diritto civile ed essere governati democraticamente da Parigi sulla base di una propria rappresentanza parlamentare. La *République une et indivisible* avrebbe dominato così su tutta la organizzazione statale della Francia.

Nelle colonie francesi la struttura amministrativa rimase centralistica come quella della metropoli. Il governatore provvedeva all'amministrazione, alla polizia e alle forze armate, ma esercitava anche funzioni di controllo sulla giustizia e su tutto ciò che riguardava l'*indigénat*. Il potere legislativo rimaneva all'Assemblea Nazionale, che poteva emanare leggi speciali coloniali o dichiarare valide, anche per i territori d'oltremare (con una dichiarazione aggiunta), le leggi della madrepatria. Questa peculiarità del potere legislativo esprimeva appieno la vera natura del dominio coloniale e rendeva evidente la contraddizione tra l'ideale della *République une et indivisible* e le necessità della politica di dominio. E infatti, il più delle volte, in Francia come altrove, la legislazione coloniale si sottrasse al controllo parlamentare. Al presidente della Repubblica, ma in pratica al ministro delle Colonie, apparteneva infatti la facoltà legislativa di emanare i decreti, e al governatore il diritto di regolamentazione, con il risultato che la legislazione coloniale venne prodotta quasi esclusivamente dagli uffici.

Nella storia del colonialismo francese i diversi stili di amministrazione del territorio, corrisposero, oltre che a differenti e successive pratiche politiche, anche, più semplicemente, alle diverse istituzioni di riferimento della madrepatria che avevano preso in carico, nel tempo, i possedimenti d'oltremare: i Ministeri degli Interni, delle Colonie, degli Esteri, controllavano il territorio coloniale secondo criteri dettati dall'ordine di ingresso nell'impero francese e dalla differente condizione amministrativa ⁽²⁹⁾. Come è noto l'organizza-

⁽²⁹⁾ « Le *vieilles colonies* (isole delle Antille, Guayana, Réunion, fattorie indiane) e l'Algeria (1830) possedevano strutture dipartimentali e un istituto amministrativo modellato sulla metropoli: come tali erano amministrate dal Ministero dell'Interno. Per i territori dell'Africa Nera occupati nel tardo XIX secolo (Africa Occidentale Francese nel 1904; Africa Equatoriale Francese nel 1910), per l'Indocina e per il Madagascar era

zione amministrativa dell'impero passò infatti attraverso fasi diverse che corrisposero cronologicamente ai momenti storici della sua formazione: dalla assimilazione, alla *associazione* (presa dal modello inglese), infine, a partire dagli anni trenta del Novecento, ad una fase 'ibrida' dove confluirono le esperienze precedenti ⁽³⁰⁾.

competente il Ministero delle Colonie fondato nel 1894, mentre la Tunisia e il Marocco, dove il dominio francese formalmente si fondava su patti di protettorato, e dove veniva tenuta in vita la finzione di Stati indipendenti, furono sottoposti al Ministero degli Esteri; lo stesso si dica per i mandati della Società delle Nazioni per il Levante, ma non per il Togo e il Camerun, amministrati dal Ministero delle Colonie. Rilevanti divergenze si mostravano addirittura all'interno di un territorio ben circoscritto come l'Indocina: la federazione creata nel 1887 comprendeva la Cocincina, vecchia colonia amministrata dal Ministero delle Colonie, il regno dell'Annam, il regno del Laos e la Cambogia, dove formalmente governava il governatore; il Tonchino possedeva uno statuto particolare, poiché apparteneva all'Annam, ma era amministrato direttamente». Von ALBERTINI, *La decolonizzazione*, cit. pp. 475-476.

⁽³⁰⁾ A partire dal 1890 la politica della assimilazione entrò in crisi per il timore delle conseguenze imprevedibili che l'innalzamento di milioni di colonizzati allo status di cittadini avrebbe comportato per le istituzioni francesi, inoltre la sua efficacia venne messa in crisi proprio dalla esperienza dei funzionari coloniali che si convinsero che la pacificazione delle grandi regioni a cultura tradizionale richiedesse nuovi metodi suggeriti meno dall'ideologia e più dall'empiria. Governatori e funzionari coloniali come Galliéni e Lyautey suggerirono un approccio politico diverso che, per guadagnarsi la collaborazione della popolazione, si appoggiasse alle istituzioni e alle autorità esistenti. La nuova formula politica comunemente definita della *associazione*, e vagamente ispirata al modello inglese, verrà messa a punto di lì ad alcuni anni da Jules Harmand, nel saggio *Domination et Colonisation*, del 1910. Se la politica della assimilazione perseguiva la realizzazione, sia pure a lungo termine, di una sostanziale eguaglianza fra metropoli e colonie, la politica coloniale della associazione percepì il colonialismo soprattutto in termini di dominazione di una razza superiore sull'altra. Le nuove scienze naturali sottolineavano in quegli anni la irriducibile differenza tra le razze, le civiltà, le mentalità, e gli argomenti razziali furono di sostegno alla battaglia contro la politica, ormai in disarmo, della assimilazione. La nuova politica coloniale della associazione sembrò inizialmente facile e a buon mercato, soprattutto perché comportò una minima interferenza con le istituzioni indigene africane, e d'altra parte permise l'introduzione di un controllo economico e politico delle colonie che nel sistema precedente sarebbe stato impraticabile. Sarebbe tuttavia ingenuo voler vedere in questa teoria il rispetto delle tradizioni e della cultura indigene. Siamo in pieno clima liberale e riformatore ed in questo quadro la politica di associazione può essere interpretata come una forma di rispetto e una richiesta di collaborazione, ma rivela anche un evidente carattere strumentale: le strutture esistenti, tollerate e mantenute, sono quelle che permettono alla potenza coloniale di conservare il suo dominio. Nel secolo XIX, quando si affermò, tale convinzione partiva sicuramente dal presupposto, pessimistico, che le tradizioni au-

5. *Caratteri comuni ai modelli amministrativi, ancora sull'assoggettamento.*

La contrapposizione dei sistemi, che pure presentano caratteri distinti ma che spesso nella pratica sfumarono l'uno nell'altro, alimentò le polemiche tese alla ricerca del modello ideale della buona amministrazione. Infatti i distinguo, a volte solo accademici, non resistono sempre alla analisi dei fatti e, del resto, gli stessi amministratori coloniali ebbero ben presente la necessità di dover adattare il principio generale al caso particolare. La politica della autonomia e quella della assimilazione furono in fondo due modi diversi di rispondere alla esigenza delle prima e più brutale politica coloniale dell'assoggettamento⁽³¹⁾, ma anche i due processi che portano la colonia a liberarsi dal vincolo di assoggettamento imposto dalla madrepatria: infatti il carattere di colonia attribuito ad una parte del territorio di uno Stato non è che transitorio. « La colonia, per la legge naturale e ineluttabile, si evolve più o meno rapidamente, e ad ogni periodo graduale di questa sua evoluzione corrisponde un rallentamento del vincolo di dipendenza dalla metropoli, ed il raggiungimento di una maggiore somma di libertà locali — sia che vengano spontaneamente concesse dalla metropoli, o vengano

toctone dei popoli soggetti fossero pressoché imm modificabili e comunque di qualità inferiore, ma accettabile tuttavia per popolazioni considerate anche esse di minore qualità. Una efficace sintesi del dibattito francese sul tema assimilazione/associazione in COLOMBANI, *Mémoires coloniales. La fin de l'Empire français d'Afrique vue par les administrateurs coloniaux*, cit., p. 16.

⁽³¹⁾ Così Pietro Costa che riporta l'opinione di Santi Romano: COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, cit., pp. 489-490. Dello stesso avviso anche MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., pp. 468-9, che scrive: « [...] l'applicazione integrale del sistema della assimilazione renderebbe questo vincolo conforme a quello che collega le circoscrizioni territoriali agli organi statuali e — in altri termini — la colonia cesserebbe d'esistere come tale per trasformarsi in una circoscrizione territoriale della metropoli. Così l'applicazione integrale del sistema dell'autonomia muterebbe questo vincolo in un semplice rapporto di protezione, e la colonia avrebbe ancora cessato di esistere, come tale, per assumere il carattere di uno Stato semi-indipendente. Esiste quindi — e non può esistere altro — in rapporto alle colonie il solo sistema dell'assoggettamento, che si manifesta peraltro nelle sue pratiche applicazioni subordinato all'una o all'altra di queste due tendenze opposte, assimilazione ed autonomia, che rappresentano la meta ultima della politica coloniale ».

imposte dalla colonia stessa; — libertà che conducono infine la colonia o, in base al principio dell'autonomia, alla affermazione della propria indipendenza attenuata solo da una soggezione, quasi da Stato protetto, verso la metropoli; oppure, in base al principio della assimilazione, alla conquista di diritti politici uguali a quelli delle altre parti del territorio dello Stato » (32).

Le scelte teoriche dell'assoggettamento, dell'assimilazione e dell'autonomia ebbero una grande importanza dal punto di vista della autorappresentazione delle potenze coloniali e della immagine che ogni paese cercò di dare alla propria politica di conquista. Infatti, se le teorie non sempre determinarono il campo delle decisioni pratiche, ebbero però una loro influenza sulle strategie generali di dominio, e soprattutto offrirono straordinarie occasioni di dibattito e ai detrattori e ai sostenitori delle stesse (33).

Se le politiche di amministrazione delle colonie non furono uniformi, ebbero però alcune caratteristiche comuni. In tutti i sistemi, in cima alla piramide amministrativa era il Governatore, o il Residente generale, che, in quanto responsabile in ultima istanza davanti al governo della madrepatria, godeva spesso dei poteri di un sovrano. Veniva generalmente assistito da una sorta di consiglio o comitato consultivo rappresentativo di interessi sia ufficiali (della amministrazione) sia non ufficiali (dei coloni o dei commercianti). Nel sistema francese, portoghese, belga e italiano la centralizzazione dell'amministrazione coloniale riservò il potere legislativo alla madrepatria, mentre nelle colonie dell'Africa britannica i consigli coloniali presero effettivamente il carattere di assemblee proto-parlamentari i cui membri, eletti o nominati, videro le loro funzioni trasformarsi a poco a poco da consultive a legislative. Tuttavia, sia il numero, sia il modo di designazione di questi rappresentanti, costituiva una sufficiente garanzia affinché non avessero una sensibile influenza sulle decisioni del governo centrale.

(32) Così MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit. p. 469.

(33) Sostiene F. Cooper che in realtà la costruzione teorica dei modelli nascose, sotto l'apparente complessità delle formule, la incapacità europea di riorganizzare le società africane secondo forme di dominio culturalmente lontane ed estranee. cfr. F. COOPER, *Africa since 1940. The past of the present*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2002, p. 18.

L'istituzione centrale di ogni organizzazione coloniale era il distretto o la regione, sui quali un amministratore europeo esercitava l'autorità coloniale e dirigeva le attività, sia dei suoi subordinati, sia delle autorità africane integrate nella amministrazione coloniale. Contrariamente all'ideale sistema amministrativo auspicato da Lugard, che aveva teorizzato la formazione di una classe omogenea di ufficiali coloniali, e nei territori inglesi e in quelli francesi, tedeschi, portoghesi e italiani, di fatto il ruolo degli amministratori locali fu disomogeneo, sia perché si modellò sulle esigenze del potere coloniale, sia perché fu condizionato dalle personalità individuali di coloro che lo esercitarono. Infine, alla base della piramide amministrativa, le autorità indigene assolsero le fondamentali funzioni di trasmettere con efficacia, alle popolazioni, le esigenze delle amministrazioni coloniali.

Tutte le amministrazioni coloniali furono tributarie del capo, tradizionale o designato, che nei fatti costituì il perno della struttura amministrativa. La centralità del ruolo assunto dalle autorità locali si spiega facilmente: presto il capo locale cessò di essere una autorità indigena e diventò un agente amministrativo, le sue funzioni tradizionali si modificarono sotto la pressione di nuove esigenze, quali la percezione di imposte, le operazioni di censimento finalizzate al reclutamento di manodopera o alla coscrizione e vide le sue competenze e i suoi poteri largamente ridotti.

Uno degli effetti deleteri prodotti da tutte le amministrazioni coloniali fu che i capi vennero disciplinati come se appartenessero al personale amministrativo; trasferiti e sostituiti in ragione di interessi superiori. Le *chefferies* furono abolite o create a seconda che fossero considerate superflue o utili alle ragioni coloniali. Inoltre quando gli europei stimarono che i posti delle autorità tradizionali non erano ricoperti da titolari qualificati vi piazzarono ex combattenti o comunque uomini di fiducia.

Per quanto riguardò la politica indigena, al di là della retorica ufficiale, gli obiettivi concreti della colonizzazione si rivelarono molto limitati. Si trattò il più delle volte di mantenere l'ordine, di evitare le spese eccessive, di costituire una riserva di manodopera per la costruzione delle prime infrastrutture. In pratica questi obiettivi si sovrapposero alle funzioni dell'amministrazione locale e vennero raggiunti in tre modi: la riforma del sistema giudiziario, il

ricorso al lavoro forzato e l'imposizione di tributi. Nessuna potenza coloniale cercò di eliminare del tutto le strutture politiche e sociali del posto per sostituirle con le più civili istituzioni europee. I timidi sforzi fatti nel senso di quella che oggi chiamiamo modernizzazione rimodellarono le funzioni delle istituzioni locali ottenendo spesso l'effetto di deformarle e, qualche volta, di indebolirle. Se l'esistenza della maggioranza della popolazione africana non fu colpita dalla presenza degli europei, viceversa le originarie strutture politiche e culturali delle società indigene non ressero l'impatto con la più aggressiva e attrezzata civiltà occidentale. Le forme culturali, espressive, linguistiche persero gran parte della loro originalità e si avviarono a diventare oggetto di curiosità etnologica ⁽³⁴⁾.

6. *Il modello italiano: il dominio diretto.*

L'amministrazione coloniale italiana fu condizionata, e non poteva essere altrimenti, oltre che dall'esempio delle esperienze altrui, dalla scarsa esperienza maturata, dalle limitate risorse locali e metropolitane, dalla esigenza di governare unendo il massimo di efficienza al minimo di spesa. Di seguito ad un primo periodo nel quale prevalse il sistema dell'assoggettamento, furono combinati elementi diversi e a volte difficilmente compatibili presi dai modelli dell'autonomia e dell'assimilazione, spesso più in ragione delle emergenze che a seguito di una avveduta programmazione politica. Anche nel caso italiano le teorie nascosero le necessità pratiche imposte dalle difficoltà di gestione delle comunità locali, dalle esigenze materiali dei coloni italiani, dalla politica metropolitana, più attenta al mantenimento degli equilibri interni che agli interessi dell'oltremare. Infine i differenti criteri di accentramento e di decentramento del potere politico furono sovente giocati all'interno dello stesso quadro normativo. In poche parole anche la natura delle terre dominate e la storia della loro reazione alla conquista coloniale contribuirono non poco a condizionare il nostro modello amministrativo ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ D. VENERUSO, *Presentazione* a VON ALBERTINI, *La decolonizzazione*, cit., pp. 11-12.

⁽³⁵⁾ Sugli aspetti giuridici e amministrativi del colonialismo italiano cfr. L. DE

L'Italia arrivò pressoché ultima alla corsa ai territori d'oltremare, con una esperienza coloniale tardiva rispetto a quella delle altre potenze, senza il sostegno di grandi capitali e con una capacità militare modesta. Una volta chiuso il periodo di governo militare, la politica coloniale italiana della prima amministrazione civile, per intenderci quella che vide Ferdinando Martini governatore dell'Eritrea, si mosse fra difficoltà e incertezze. Determinate le prime dalle resistenze che nella madrepatria erano messe in campo dalla classe

COURTEN, *L'amministrazione coloniale italiana del Benadir. Dalle compagnie commerciali alla gestione statale (1889-1914)*, in « Storia contemporanea », IX, 1978, 1, pp. 115-154, e 2, pp. 303-333; notizie anche in G. CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, Milano, Giuffrè, 1984; P. SARACENO, *La magistratura coloniale italiana 1886-1942*, in « Clio », XXII, 1986, 2; pp. 275-289; e poi in P. SARACENO, F. GRISPO e F. SCALAMBRINO (a cura di), *I magistrati italiani dall'unità al fascismo. Studi biografici e prosopografici*, Roma, Carocci, 1988; M.L. SAGU', *Sui tentativi di codificazione per la Colonia Eritrea*, in « Clio », XXII, 1986, 4, pp. 567-616; ID., *Alle origini della scienza del diritto coloniale in Italia*, in « Clio », XXIV, 1988, pp. 557-93; i saggi di A. AQUARONE, *La ricerca di una politica coloniale dopo Adua. Speranze e delusioni fra politica ed economia*; ID., *La politica coloniale italiana dopo Adua: Ferdinando Martini governatore in Eritrea*; ID., *Ferdinando Martini e l'amministrazione della Colonia Eritrea*; ID., *Politica estera e organizzazione del consenso nell'età giolittiana. Il congresso dell'Asmara e la fondazione dell'Istituto Coloniale Italiano*, pubblicati ora in ID., *Dopo Adua: politica e amministrazione coloniale*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1989; C. GHISALBERTI, *Per una storia delle istituzioni coloniali italiane*, in « Clio », XXVI, 1990, 1 e poi in AA.VV., *Fonti e problemi della politica coloniale italiana*, cit., I, pp. 379-412; ID., *Due colonialismi a confronto: Italia e Germania nella loro espansione oltremare sino alla prima guerra mondiale*, in « Clio », XXXIII, 1997, 2, pp. 327-334; N. LABANCA, *In marcia verso Adua*, cit.; V. PELLEGRINI e A. BERTINELLI, *Per la storia dell'amministrazione coloniale italiana*, Milano, Giuffrè, 1994; A. VOLTERRA, *Amministrazione e giustizia alle origini della Colonia Eritrea (1882-1886)*, in « Clio », XXXI, 1995, 2, pp. 199-222; ID., *Verso la Colonia Eritrea: la legislazione e l'amministrazione (1887-1889)*, in « Storia contemporanea », XXVI, 1995, 5, pp. 817-850; E. CAPUZZO, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana dell'età liberale*, in « Clio », XXXI, 1995, 1, pp. 65-95; ID., *Per una storia degli organi consultivi dell'amministrazione coloniale italiana. La creazione del Consiglio coloniale*, in « Clio », XXXI, 1995, 4, pp. 549-565; ID., *Sulla giustizia amministrativa nelle colonie italiane*, in « Clio », XXXII, 1996, n. 2, pp. 233-250; ID., *L'organizzazione coloniale italiana tra guerra e dopoguerra*, in « Clio », XXXIII, 1997, 1, pp. 93-112; L. MARTONE, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Napoli, Jovene, 2002; T. SCOVAZZI, *Assab, Massaua, Uccialli, Adua: gli strumenti giuridici del primo colonialismo italiano*, Torino, Giappichelli, 1998 ed ora in corso di stampa, I ROSONI, *La Colonia Eritrea. Un modello amministrativo (1880-1912)*.

politica e dalla opinione pubblica, entrambe ostili e diffidenti verso una politica africana che aveva fino ad allora rappresentato sprechi, sacrifici e sconfitte, le seconde dalla oggettiva inesperienza, relativa alla individuazione di strumenti giuridico istituzionali del tutto nuovi per la nostra cultura politica.

In Italia, perlomeno in questi primi anni, cercheremmo invano l'equivalente degli studi europei consacrati alla politica coloniale; possiamo invece affermare che, governando, l'Italia imparò ad amministrare e a trovare una via originale al colonialismo ⁽³⁶⁾.

Quando i politici e i giuristi italiani furono chiamati a decidere quale forma di organizzazione amministrativa dare alla Colonia Eritrea, si trovarono di fronte a una grande varietà di istituzioni coloniali sperimentate dalle altre potenze europee. In Italia la circolazione della letteratura sulle colonie era estesa, lo stesso ministro Pasquale Stanislao Mancini, fece precedere il disegno di legge sulla colonia di Assab del 1882, da una dotta trattazione relativa ai « modi di governo seguiti dai vari Stati nelle loro colonie. Colonie neerlandesi, francesi, inglesi » ⁽³⁷⁾. Gli addetti ai lavori dimostrano una conoscenza approfondita, soprattutto di quella francese, inglese e tedesca ⁽³⁸⁾, ma anche il pubblico più vasto poteva farsi un'idea del dibattito grazie alla diffusione di molte traduzioni ⁽³⁹⁾. Coloro che si

⁽³⁶⁾ GHISALBERTI, *Per una storia delle istituzioni coloniali italiane*, cit., p. 380.

⁽³⁷⁾ Cfr. P.S. MANCINI, *La Colonia italiana di Assab. Discorsi del Ministro degli Affari Esteri Mancini, preceduti dal disegno di legge e dalla Relazione ministeriale*, 2^a tornata del 26 giugno 1882, Roma, Eredi Botta, 1882, pp. 57 ss.

⁽³⁸⁾ La circolarità del sapere coloniale si rileva, per esempio, in E.L. CATELLANI, *Le Colonie e la Conferenza di Berlino*, Torino, UTET, 1885. L'opera ebbe una grande diffusione. Si divide in due parti. La prima tratta dei modelli di colonizzazione degli Stati europei. La seconda riporta *l'atto generale della conferenza di Berlino* e ne commenta i contenuti. l'attenzione verso le esperienze europee continua anche quando ormai i modelli di politica e amministrazione coloniale si sono già consolidati, cfr., per esempio, i lavori già citati di Gennaro Mondaini, poi A. MALVEZZI, *La politica indigena nelle colonie*, Padova, Cedam, 1933; C. CESARI, *Manuale di storia coloniale: origine e sviluppo dei possedimenti d'oltremare italiani e stranieri*, Bologna, Cappelli, 1937; R. CIASCA, *Storia coloniale dell'Italia contemporanea: da Assab all'Impero*, Milano, Hoepli, 1940.

⁽³⁹⁾ Solo per fare un esempio, nel 1897, la casa editrice UTET di Torino pubblicava un intero volume dedicato al tema delle esperienze coloniali europee, che conteneva, oltre ai lavori di A. BRUNIALTI, *Le colonie degli italiani*, e di G. GORRINI, *I primi tentativi e le prime ricerche di una Colonia in Italia (1861-1882)*, le opere tradotte di noti autori stranieri: P. LEROY-BEAULIEU, *La colonizzazione presso i popoli moderni*; J.R. SEELEY,

fecero carico di studiare una via italiana alla colonizzazione furono pienamente consapevoli e della forzatura ideologica sottesa ai modelli stranieri e della necessità di superare le politiche adottate dalle altre grandi potenze, per arrivare a disegnare un modello originale che tenesse conto delle differenze di tradizione, di estensione e di mezzi che separavano l'Italia dagli altri stati europei, della necessità, in breve, di elaborare una formula adatta a una realtà più modesta ⁽⁴⁰⁾. Se in patria la sensibilità verso il tema della buona ammini-

L'espansione dell'Inghilterra; J. DEL PEROJO, *La colonizzazione spagnuola*, M. DUBOIS, *Sistemi coloniali e popoli colonizzatori. Dottrine e fatti*.

⁽⁴⁰⁾ Sulla formazione di una scienza del diritto coloniale in Italia vedi SAGU', *Alle origini della scienza del diritto coloniale in Italia*, cit., Maria Letizia Sagù osserva come in Italia si possano distinguere tre distinti momenti di interesse per il diritto e la scienza coloniale in genere. Il primo periodo va dal 1885 al 1911, gli altri due si possono collocare, con una certa approssimazione, fra il 1911-1923, e poi fra il 1923-1940. L'autrice osserva come, nel primo periodo, l'esiguità della letteratura giuridica coloniale è in qualche modo compensata dall'attenzione, manifestata da tutti gli studiosi di scienze coloniali, verso il profilo storico. La arretratezza degli studi coloniali in Italia fu lamentata, nel 1912, anche da C. SCHANZER, *L'acquisto delle colonie e il diritto pubblico italiano con documenti relativi agli acquisti coloniali dell'Italia*, Roma, Loescher, 1912. Effettivamente in questo primo arco di tempo, grosso modo quello esaminato da questo saggio, la letteratura coloniale italiana dedicata alle problematiche istituzionali e politiche è scarsa se paragonata a quella delle altre potenze europee. Ci sembra però che, a fronte di una effettiva esiguità di opere di carattere generale, i lavori più specialistici e più funzionali alla soluzione di questioni particolari siano invece numerosi. Segnaliamo qui di seguito una rassegna degli studi comparsi nell'epoca, che presumibilmente circolavano nell'ambiente italiano degli addetti ai lavori. L'elenco non pretende di essere esaustivo (manca infatti tutta la letteratura sui diritti consuetudinari indigeni della quale ci occuperemo più avanti), intende però dare al lettore un'idea della situazione. Abbiamo posto come termine finale di riferimento l'anno 1912, omettendo però di riportare tutta la letteratura relativa alla Libia e al Ministero delle Colonie. A. ASCOLI, *L'ordinamento fondiario per la Colonia Eritrea*, in « Rivista di diritto civile », 1910, 2, pp. 195-230, 3, pp. 290-311; C. BIANCHINI, *Il matrimonio in Abissinia*, Napoli, Tocco, 1898, estratto della « Domenica giudiziaria »; CATELLANI, *Le colonie e la Conferenza di Berlino*, cit.; Id., *Diritto e politica coloniale*, Milano, Univ. Bocconi (litografato), 1900-1901; Id., *L'Africa*, corso speciale, anno accademico 1907-1908, (dattilografato); Id., *L'Africa nuova e il diritto pubblico africano*, in « Rivista italiana di sociologia », 1907, luglio-ottobre, pp. 66 ss.; Id., *L'assistenza intercoloniale dal punto di vista del mantenimento dell'ordine*, in « Rivista coloniale », 1907, luglio-agosto, pp. 2-10; Id., *La protezione dei diritti privati degli indigeni nella colonizzazione africana*, in « Rivista coloniale », 1908, pp. 500 ss.; A. CAVALIERI, *Appunti sulla questione della cittadinanza*, in « Rivista coloniale », 1912, gennaio, pp. 35-41; G. CIAMARRA, *Conferenze di Diritto coloniale*, Napoli, Stab. lit.

strazione era evidente, anche in colonia non mancò la consapevolezza dell'aspetto pionieristico che assumeva il lavoro di amministratore coloniale. Sarebbe interessante conoscere le letture dei

Lubrano, s.d. (ma 1909); ID., *Necessità di un sistema di diritto coloniale italiano*, in *Atti del secondo congresso degli italiani all'estero*, Roma, Tip. Ed. Naz., 1912, vol. I, pp. 1755-65; U. CONTI, *Diritto penale coloniale (linee generali)*, in « Rivista penale », 1910, pp. 398 ss.; ID., *Saggio del programma di un corso di diritto penale coloniale*, in « Rivista di emigrazione », 1911, fasc. 2 e 3; E. COPPI, *Il sistema di Torrens e la sua applicazione nell'ordinamento della proprietà fondiaria della colonia eritrea*, in « Bollettino della sezione di Firenze della Società Africana d'Italia », 1892, vol. VII, fasc.7-8, pp. 189-212; M. D'AMELIO, *I piccoli commercianti nella legislazione commerciale eritrea*, Roma, Istituto coloniale italiano, Tip. Manuzio, 1910; ID., *L'Ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, estratto dalla *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. III, p. 2, sez. II, Milano, Società Ed. Libreria, 1911; ID., *Il regime giuridico e fiscale delle società commerciali nelle colonie italiane*, in « Società per azioni », 1912, pp. 137 ss.; ID., *Per l'ordinamento giuridico della Tripolitania e della Cirenaica*, in « Rivista di diritto pubblico », 1912, I, pp. 1-19; ID., *L'acquisto delle colonie e il diritto pubblico italiano*, in « Rivista di diritto pubblico », 1912, I, pp. 568-72; L. DE GREGORIO BRUNACCINI, *Osservazioni sull'attuale ordinamento della giustizia civile nella colonia eritrea*, Palermo, Virzi, 1894; B. DUCATI, *L'assetto giuridico della Somalia Italiana e del Benadir*, in « Convito », 1910, pp. 7 ss.; R. FALCONE, *I tribunali nella colonia eritrea*, Napoli, Tip. Gambella, 1898; M. FANNO, *Il regime e la concessione delle terre nelle colonie moderne*, in « Archivio giuridico », 1905; P. FEDOZZI, *Saggio sul protettorato*, Venezia, Stab. Tip. Fratelli Visentini, 1897; E. GIANTURCO, *L'ordinamento legislativo della Colonia Eritrea*, Napoli, Perrelli, 1904, e anche in « Rivista di diritto internazionale e comparato », 1904, pp. 10 ss.; ID., *Appunti di diritto pubblico coloniale*, Napoli, Morano, 1912; ID., *Sulla virtuale pubblicazione nelle colonie delle leggi patrie*, Roma, 1912, estratto dalla « Rivista d'Italia »; R.GAROFALO, *Il codice penale della colonia eritrea*, in « Rivista coloniale », 1909, pp. 133-39; C. GHIRARDINI, *La colonizzazione dell'Africa e il diritto internazionale comparato*, in « Rivista d'Africa », 1911, n. 5, pp. 517-528; E. LEONE, *Espansionismo e colonie*, Roma, 1911; G. MONDAINI, *La sfera d'influenza nella storia coloniale e nel diritto*, Napoli, Ed. Cozzolino, 1902. ID., *Il carattere di eccezionalità della storia e del diritto coloniale e le nuove formule giuridiche di espansione territoriale nelle colonie*, in « Rivista coloniale », 1907, gennaio-giugno, pp. 5-32; MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., D. ODORIZZI, *Notizie sull'ordinamento della proprietà terriera in Etiopia e nella zona abissina della Colonia Eritrea*, in C. ROSSETTI (a cura di), *Atti del congresso Coloniale Italiano in Asmara (settembre-ottobre 1905)*, 2 voll., Roma, Tip. Dell'Unione Cooperativa Ed., 1906, I, pp. 255-75; D. ODORIZZI, *Il Commissariato regionale di Massaua al 1° gennaio 1910*, in *Colonia Eritrea*, fasc. n. 50, Asmara, Tip. Fioretti e Baltrami, 1911; V. OLIVIERI, *Il codice di procedura penale per la colonia eritrea*, in « Rivista di diritto penale », 1910, pp. 232 ss.; R. ONOR, *Il regime delle terre nelle colonie dell'Africa Orientale inglese e tedesca con speciale riguardo alle condizioni della Somalia italiana meridionale*, in G. DE MARTINO, *Relazione sulla Somalia Italiana nei tre anni del mio governo*, presentata al Parlamento dal

funzionari coloniali e analizzare la composizione delle loro biblioteche, per farsi un'idea della pubblicistica coloniale che veniva esportata oltremare, e del bagaglio di conoscenze con il quale affrontarono il difficile compito di mettere in piedi una struttura locale di governo. Mariano D'Amelio, sicuramente il più illustre magistrato in Eritrea (dal 1899 al 1905), e poi primo presidente di Corte di Cassazione ⁽⁴¹⁾, nei suoi scritti si interrogò sulla collocazione della esperienza italiana nel quadro di riferimento più generale del colonialismo europeo e lamentò la eccessiva importanza assegnata al carattere giuridico dell'ordinamento coloniale osservando come, nella storia della Colonia Eritrea, i diversi sistemi di amministrazione locale si fossero alternati e confusi per molti anni, senza mai prevalere completamente l'uno sull'altro ⁽⁴²⁾. Un altro attento

Ministro delle Colonie Bertolini, Roma, Tip. della Camera dei Dep., 1912, All. E; R. PERINI, *Sulla proprietà fondiaria nel Seraè*, in « Nuova Antologia », 1893, 15 giugno, pp. 663-93; A. POLLERA, *Il regime della proprietà terriera in Etiopia e nella colonia eritrea*, Roma, Bertero, 1912; A. RAPISARDI MIRABELLI, *Per una definizione della sfera di influenza nel diritto e nella politica*, in « Rivista di diritto internazionale », 1907, luglio-ottobre, pp. 335-49; S.L. ROCCA, *Emigrazione e colonia*, in « Rivista coloniale », 1907, gennaio-giugno, pp. 241-82; G. SALVADEI, *Regime giudiziario nell'Eritrea e nella Somalia italiana*, in « Rivista coloniale », 1911, settembre-ottobre, pp. 323-27; SCHANZER, *L'acquisto delle colonie e il diritto pubblico italiano con documenti relativi agli acquisti coloniali dell'Italia*, cit., V. SCIALOJA, *Il codice civile per la Colonia Eritrea. Relazione al Consiglio Coloniale*, in « Rivista di diritto civile », I, 1909, p. 361 ss. e 733 ss.; G. SOLINAS DELOGU, *Condizione giuridica e politica degli indigeni nella colonia Eritrea*, Sassari, Dessì, 1912; A. ZAPPONI, *L'ordinamento fondiario della colonia eritrea*, in « Rivista d'Africa », 1911, dicembre, pp. 665-80, gennaio-febbraio, pp. 22-50; G. ZIRONDA, *L'ordinamento della giustizia penale nella Somalia italiana*, in « Rivista di diritto e procedura penale », 1911, pp. 609 ss.

⁽⁴¹⁾ Notizie in SARACENO, *La magistratura coloniale italiana (1886-1942)*, cit., pp. 281 ss. e in L. MARTONE, *Magistrati italiani nella colonia eritrea. Immagini d'Africa e riflessioni giuridiche (1886-1941)*, in AA.VV., *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano, Giuffrè, 2003, II vol., pp. 1375 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. D'AMELIO, *L'Ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, cit., p. 69: « La distinzione tra colonie della Corona e colonie del Parlamento, se ebbe ed ha una notevole importanza nel diritto coloniale inglese e in genere nel diritto coloniale degli altri stati, ne aveva una maggiore presso di noi, che ci preoccupiamo, forse oltre il bisogno, del lato giuridico dei problemi. Fra noi la Colonia Eritrea fu talvolta considerata come colonia della Corona, tal'altra come colonia del Parlamento. Quando il possedimento era limitato alla Baia di Assab, il governo, per disporre l'ordinamento giuridico, credette necessario l'intervento del Parlamento e fece votare la legge del 3 luglio 1882; quando invece, occupata Massaua, bisognò dare la sistemazione alla più vasta colonia, si

studioso delle esperienze amministrative fu Ranieri Falcone, procuratore del Re ad Asmara, che analizzò i modelli stranieri nelle relazioni inaugurali del Tribunale di Appello di Asmara per il triennio 1903-1905⁽⁴³⁾, e poi nel contributo presentato al Congresso Coloniale di Asmara del 1905⁽⁴⁴⁾. Infine, alcuni anni più tardi, anche Angiolo Mori, regio agente coloniale della Somalia Italiana, ma anche professore di legislazione coloniale nell'Istituto Orientale di Napoli e diplomatico, testimonierà con il suo fondamentale lavoro l'attenzione che la generazione degli alti funzionari coloniali portava

provvide con il decreto del 1° gennaio 1890, n. 6592, che, all'art. 1 dispose: "I possedimenti italiani del Mar Rosso sono costituiti in una sola colonia, col nome di Eritrea". I due sistemi si alternarono per molti anni, senza potere affermare che l'uno sia prevalso sull'altro. La qual cosa non interessava soltanto i principi astratti della colonizzazione, ma la legalità stessa dei provvedimenti, tanto del governo centrale quanto di quello locale. Si sa, infatti, che le colonie non ancora organizzate, o colonie della Corona, sono terre di decreti reali, mentre quelle dagli ordinamenti progrediti, o colonie del Parlamento, sono assimilate alla madrepatria per quanto riguarda la funzione dei poteri legislativo ed esecutivo. In esse il potere regolamentare del governo centrale non è maggiore che nella metropoli, e il governo locale non ha più ampie facoltà di quelle delegategli dal governo centrale. Tale stato di cose durò fino al 1903, quando il Parlamento votò la legge 24 maggio, n. 205, portante l'ordinamento della colonia. Questa legge sarà in seguito oggetto di più particolareggiato esame; per ora, ai fini della nostra indagine, basti rilevare che l'Eritrea non risulta organizzata rigorosamente né come colonia della Corona, né come colonia del Parlamento ».

(43) Vedi R. FALCONE, *Relazione letta nell'udienza inaugurale del 23 gennaio 1903*. R. Tribunale d'Appello della Colonia Eritrea. Asmara, Tip. coloniale De Angeli, 1903; ID., *Relazione giudiziaria letta nell'udienza inaugurale del 22 gennaio 1904*. Tribunale di Appello della Colonia Eritrea. Asmara, Tip. coloniale De Angeli, 1904; e infine ID., *L'amministrazione della giustizia nella Colonia Eritrea*. Resoconto letto il 23 gennaio 1905 all'Assemblea generale del Tribunale di Appello di Asmara, Asmara, Tip. coloniale De Angeli, 1905.

(44) Il Congresso Coloniale, tenuto ad Asmara fra il settembre e l'ottobre del 1905, fu una occasione di confronto per i cultori italiani delle scienze coloniali. In quella sede venne finalmente in evidenza il tema dei rapporti giuridici fra madrepatria e colonia. Cfr. gli atti del congresso: ROSSETTI (a cura di), *Atti del congresso Coloniale Italiano in Asmara* (settembre-ottobre 1905), cit.; la relazione presentata da R. FALCONE, *Del diritto italiano e del diritto indigeno nell'Africa italiana*, ivi, vol. I, pp.189 ss. ma vedi anche il contributo di S. FALZONE, *Reclutamento e cultura dell'ufficiale coloniale nell'Africa Italiana*, ivi, vol. I, pp. 209 ss. Sul Congresso Coloniale di Asmara vedi A. AQUARONE, *Politica estera e organizzazione del consenso nell'età giolittiana. Il congresso dell'Asmara e la fondazione dell'Istituto coloniale italiano*, in ID., *Dopo Adua: politica e amministrazione coloniale*, cit., pp. 308 ss.

alla analisi dei sistemi amministrativi stranieri. Ne *I Corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa* ⁽⁴⁵⁾, saggio del 1912, individuerà nel modello definito del dominio diretto la via italiana alla colonizzazione ⁽⁴⁶⁾. Dalla analisi della natura e dei

⁽⁴⁵⁾ MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit. Esame che riprenderà in modo più approfondito nello scritto, ID., *L'Espansione Coloniale Moderna dal punto di vista giuridico (Le colonie e la loro classificazione)*, Roma, Tip. dell'Unione ed., 1918 (Pubbl. dell'Istituto Coloniale Italiano, sezione studi e propaganda, memorie e monografie coloniali, serie giuridica n. 1-2), alle pp. 30 ss. Dello stesso autore ricordiamo: *Le basi del diritto musulmano e l'azione antischiavista nell'Africa Orientale*, Roma, s.e., 1904, Estratto da *L'Italia Coloniale*; *Il presupposto e il concetto fondamentale del diritto coloniale*, pubblicato nella « Rivista coloniale », nelle annate 1916-1917 e poi in estratto: Roma, Ist. Col. It., 1917; *L'estensione formale dei codici e la loro applicabilità nella colonia eritrea*, in « Annuario 1917-18 del R. Istituto orientale », Napoli, Tip. Giannini, 1918; *Il concetto giuridico di colonia e la sua recente formulazione nella dottrina italiana*, in *Rivista coloniale*, nelle annate 1918 e 1919.

⁽⁴⁶⁾ MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit, pp. 469-70: « [...] Né può trattenerci dall'affermare questi concetti il pensiero del significato comune che la dottrina attribuisce al sistema dell'assoggettamento, inteso come un esercizio assoluto di poteri per parte della metropoli e di sfruttamento economico nel suo esclusivo interesse. Poiché pare a noi che questo concetto sia erroneo, in quanto confonde la manifestazione e le concrete applicazioni dei sistemi coloniali in determinati periodi dell'evoluzione storica della colonia, con il contenuto essenziale di questi sistemi. Perciò quando si dice che il sistema dell'assoggettamento significa governo della colonia da parte della metropoli nel suo esclusivo interesse e senza che la colonia partecipi in nessuna forma alla propria amministrazione, si afferma un fatto storicamente vero; ma è errato vedere in questa difettosa applicazione del sistema il contenuto essenziale del sistema stesso. Usando l'espressione sistema di assoggettamento, non ci riferiamo quindi ad un sistema di sfruttamento sorpassato che trova nel patto coloniale la sua manifestazione più restrittiva, ma la usiamo semplicemente nel suo preciso significato di speciale rapporto di dipendenza della colonia dalla metropoli. Né è praticamente possibile segnare di questo sistema criteri e limiti precisi che lo comprendano in tutte le sue pratiche applicazioni, poiché esso si manifesta e si svolge per una serie infinita di gradazioni, in quanto varia non solo da Stato a Stato, ma per uno stesso Stato da colonia a colonia, e per una stessa colonia da periodo a periodo nel suo sviluppo storico. È quindi possibile soltanto stabilirne il concetto, fissare il suo carattere giuridico e le direttive fondamentali entro le quali si svolge in base ad una valutazione di rapporti e di elementi mutevoli, che determinano per l'appunto il necessario prevalere del criterio politico in materia coloniale. E prima di tutto, nello stabilire i rapporti tra colonia e metropoli importa avere presente il carattere di transitorietà — per quanto secolare possa esserne la durata — che assume il vincolo di assoggettamento della colonia alla metropoli e la necessità di assecondare e favorire lo sviluppo della colonia seguendo nettamente o la tendenza all'autonomia o la tendenza all'assimilazione, perché all'inte-

contenuti degli ordinamenti, delle istituzioni e della legislazione coloniale, emerge la forma del nostro modello coloniale di *dominio diretto*, frutto, dicevamo poc'anzi, di una dottrina che si costruì faticosamente, spesso sotto l'urgenza delle scelte politiche (47). Già alla vigilia del primo conflitto mondiale, il processo di definizione della nostra scelta coloniale si era concluso, e Santi Romano era in grado di offrire una lucida esposizione dell'originale modello italiano. Partendo dalla definizione del concetto di colonia, trattò prima della sua posizione giuridica, poi del suo ordinamento in rapporto alle competenze del potere legislativo ed esecutivo (48).

« Le Colonie sono paesi che, posti sotto la sovranità dello Stato, a titolo di possedimenti, non costituiscono parti integranti dello Stato medesimo » (49). Secondo Santi Romano la definizione di colonia implica i seguenti corollari: *a*) la colonia non è uno Stato a sé, né parte di un altro Stato; *b*) non è un *territorium nullius*, e perciò non può confondersi con le zone d'influenza e nemmeno con i protettorati coloniali; *c*) La colonia appartiene allo Stato ed è ad esso collegata con un rapporto di puro diritto interno, anzi è

grale applicazione dell'una o dell'altra essa mette capo nel suo graduale sviluppo. Gli errori e le incertezze della politica coloniale e degli ordinamenti che essa determina, derivano appunto dalla confusa visione di questi principi, dall'accogliere promiscuamente direttive e adottare organi — in base ad una imitazione più formale che sostanziale — che conducono logicamente a mete ultime opposte ».

(47) Vedi GHISALBERTI, *Per una storia delle istituzioni coloniali italiane*, cit, p. 381 e SAGU', *Alle origini della scienza del diritto coloniale in Italia*, cit.

(48) S. ROMANO, *Il Diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1988. L'opera, concepita alla vigilia della prima guerra mondiale, appare come una rappresentazione del diritto pubblico nel Regno d'Italia. È ipotizzabile che la scelta dell'autore di non pubblicarla alla fine del conflitto sia stata determinata dalla alterazione delle condizioni e dei lineamenti di quel diritto pubblico positivo italiano descritto nel suo lavoro. Sulle ragioni di tale scelta vedi Alberto Romano, *Presentazione*, in S. ROMANO, *Il Diritto pubblico italiano*, cit., pp. XVII-LXIV. Santi Romano, partito dall'opinione che l'Eritrea dovesse considerarsi parte integrante del territorio e quindi dello Stato, l'abbandona quando considera il diritto dello Stato sul territorio come un diritto personale, e quello sulle colonie come un diritto reale. Sul punto vedi G. PERTICONE (a cura di), *La politica coloniale dell'Italia negli atti, documenti e discussioni parlamentari*, in *L'Italia in Africa*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1965, p. 7.

(49) ROMANO, *Il Diritto pubblico italiano*, cit., p. 431. Della stessa opinione Francesco Crispi, vedi nota *infra* n. 105.

sottoposta alla potestà piena ed esclusiva, alla sovranità dello Stato medesimo ⁽⁵⁰⁾.

A differenza delle altre regioni che hanno costituito il Regno e ne sono diventate parti integranti, per la colonia, « a causa della civiltà inferiore », non si è ottenuta questa completa unione. Essa costituisce un « paese accessorio » e il suo territorio, i suoi abitanti e il suo governo si distinguono dal territorio, dagli abitanti e dal governo del Regno, pur dipendendo dalla potestà dello Stato italiano. In altri termini « la colonia non è un elemento dello Stato, ma è oggetto del suo dominio » ⁽⁵¹⁾. Secondo Santi Romano, il modello di dominio diretto determina differenti rapporti costituzionali per quanto attiene al territorio e al popolo dello Stato, al territorio e al popolo della colonia e infine al territorio della colonia e al popolo dello Stato.

Nella colonia quindi non si esplica altra potestà che quella dello Stato, che la esercita per mezzo dei suoi organi diretti. Qui la potestà assume un carattere diverso da quello che ha nel Regno. L'ordinamento giuridico che è emanato per il Regno non vale per la colonia, a meno che non risulti il contrario; e viceversa l'ordinamento della colonia non vale per il Regno ⁽⁵²⁾. Fatto questo che esclude che ad essa sia attribuita una propria personalità di diritto pubblico ⁽⁵³⁾, se non in quanto lo Stato la riconosca come tale. Mancando una dichiarazione di esplicito riconoscimento, come è il caso della Eritrea, la colonia non è che un organo, o pubblico ufficio statale su un territorio diverso da quello metropolitano. In quanto sfornita di personalità giuridica, la colonia non è soggetto di diritti né verso la metropoli né verso i privati cittadini e quindi è in teoria inammissibile ogni contrasto tra gli organi metropolitani e gli organi colo-

⁽⁵⁰⁾ ROMANO, *Il Diritto pubblico italiano*, cit., pp. 431-2.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 432.

⁽⁵²⁾ Ivi, cit., p. 438.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 438; anche MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., p. 473 e U. BORSI, *Studi di diritto coloniale*, 2 voll., Torino, Bocca, 1917, I, p. 15 che scrive: « essa costituisce una circoscrizione dell'organizzazione statale, e non soltanto della amministrazione cosiddetta generale, ma di quasi ogni branca amministrativa ed altresì circoscrizione giudiziaria ». M. D'Amelio invece sostiene che « la colonia ha una personalità giuridica [interna] nettamente distinta da quella dello Stato ». Cfr. D'AMELIO, *L'Ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, cit., p. 90.

niali ⁽⁵⁴⁾. È parte dello Stato, ma i suoi abitanti non partecipano all'esercizio dei poteri dello Stato, non sono garantiti contro di essi e non godono di libertà locali se non perché e nella misura loro concessa dagli organi statuali della metropoli ⁽⁵⁵⁾.

7. *Da Assab a Massaua.*

Nella esperienza italiana, la creazione di un diritto coloniale, cioè di quel *corpus* composto da norme di diritto metropolitano esteso alle colonie e di diritto espressamente emanato per la colonia ⁽⁵⁶⁾, fu lenta e laboriosa, procedette per gradi, non senza intoppi e ripensamenti, seguendo le tappe, anche esse faticose, delle conquiste coloniali.

I primi passi della nostra espansione coloniale furono realizzati con il tramite della Compagnia coloniale Rubattino che, su mandato non espresso dello Stato italiano, acquistò da alcuni capi locali la baia di Assab e alcuni territori limitrofi. Successivamente, con l'*Ordinanza ministeriale* ⁽⁵⁷⁾ del 24 dicembre 1880, Benedetto Cairoli, presidente del Consiglio e ministro degli Esteri, istituì ad Assab un commissariato civile. In questa occasione l'Italia, dopo essere stata per più di un decennio il *partner* occulto delle operazioni di acquisto della baia, si pose, per la prima volta, il problema della creazione di una amministrazione coloniale in quei territori che fino ad allora erano stati acquistati per suo conto ma sui quali era ancora controversa la sua sovranità ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ U. FRAGOLA, *Manuale di diritto coloniale comparato*, II ed. riveduta ed ampliata, Napoli, ed. Humus, 1948, p. 30.

⁽⁵⁵⁾ Vedi MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., p. 473.

⁽⁵⁶⁾ Per una definizione di diritto coloniale vedi ROMANO, *Corso di Diritto coloniale*, cit., pp. 21 ss.

⁽⁵⁷⁾ La collezione della legislazione della Colonia Eritrea (dal 24 dicembre 1880 al 30 novembre 1912) è stata raccolta da MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea* (Pubblicato a cura del Ministero delle colonie), 8 voll., Roma, L'Universale imprimerie polyglotte, 1914-15. L'Ordinanza è pubblicata nel vol. I, p. 1. Per un commento vedi SCOVAZZI, *Assab, Massaua, Ucciali, Adua*, cit., doc. n. 12, pp. 39 ss.

⁽⁵⁸⁾ Sul punto vedi ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., pp. 68 ss., ma anche E. CUCINOTTA, *Diritto coloniale italiano*, seconda ed. riveduta e ampliata, Roma, Società ed. del "Foro Italiano", 1933, p. 71.

La data viene ricordata come il primo atto ufficiale del colonialismo italiano, perché al governo della Compagnia Rubattino si sostituì l'amministrazione diretta dello Stato, e ai diritti di proprietà privata goduti fino ad allora da questa Compagnia, subentrò di fatto la sovranità dello Stato italiano.

Osserva Volterra come nei primi anni di presenza italiana nel Mar Rosso, l'assenza di una piena sovranità su quei territori abbia influenzato i tempi e le modalità della organizzazione amministrativa. Gli effetti di questa incertezza segneranno tutto il percorso coloniale italiano e ritarderanno il processo di individuazione degli strumenti legislativi e amministrativi, appropriati al reggimento della colonia ⁽⁵⁹⁾.

Fu il Ministero degli Esteri, che aveva favorito e poi realizzato l'operazione di acquisto, a farsi carico della gestione del territorio di Assab, ma, vuoi perché il possedimento aveva oggettivamente una limitata estensione, vuoi perché la sovranità italiana sul territorio non era ancora definita e l'Egitto riteneva la baia sotto la propria sovranità, vuoi infine perché il governo italiano era allora impegnato sullo scacchiere europeo, quella gestione fu caratterizzata da una persistente ambiguità e si limitò alla nomina di un *Commissario civile* incaricato di rappresentare lo Stato e organizzare e dirigere i servizi della locale amministrazione, ma anche di provvedere agli interessi privati della compagnia. Un funzionario del Ministero degli Esteri, il console di carriera Giovanni Branchi, primo commissario civile di Assab ⁽⁶⁰⁾, fu affiancato (come prevedeva l'art. 2 dell'*Ordinanza*) da un segretario, un contabile, un carabiniere delegato per la pubblica sicurezza e uno o due interpreti per le lingue araba e dankala ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ VOLTERRA, *Amministrazione e giustizia alle origini della Colonia Eritrea (1882-1886)*, cit., p. 199.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. la relazione sui due anni di attività presentata al ministro degli Esteri al termine del suo mandato: G. BRANCHI, *Missione in Abissinia, 1883*, Roma Tip. del gabinetto del Ministero degli Affari Esteri, 1889.

⁽⁶¹⁾ Qui di seguito la cronologia dei Governatori (Commissari, Reggenti, Comandanti superiori) di Assab, Massaua e della Colonia Eritrea dal 1881 al 1915, affinché ci si orienti meglio nel corso della lettura di questo lavoro. Giovanni Branchi, "Regio commissario civile in Assab" dal gennaio 1881 al giugno 1882, seguito dal "Reggente" Giulio Pestalozza dal giugno 1882 al novembre 1883, poi di nuovo Branchi, "Regio commissario civile" dal novembre 1883 all'agosto 1884, Pestalozza "Reggente" dall'agosto 1884 al febbraio 1885. Dal febbraio al novembre 1885 il colonnello Tancredi Saletta è "Comandante superiore delle truppe italiane in Africa". Dal novembre 1885 all'aprile

Sebbene l'ordinanza non pronunciasse mai la parola 'sovranità', e i territori vi figurassero come 'possedimento di Assab', il suo significato, espresso in maniera abbastanza esplicita dal testo, era quello di una estensione della sovranità italiana ai territori acquistati e ancora di proprietà della società Rubattino. L'art. 6 infatti sottoponeva Assab alla legislazione italiana secondo questa formula: « Il commissario provvederà alla amministrazione della giustizia in base alle vigenti leggi dello Stato, tenuto conto però delle esigenze inerenti alle particolari circostanze, all'indole, alla religione e ai costumi dei residenti ». L'art. 7 prevedeva che i servizi pubblici di posta, polizia, sanità, giustizia, fossero amministrati dal governo italiano, alla società Rubattino spettava la proprietà dei terreni, pur non potendo essa alienarli (art. 14). Infine il preambolo dell'ordinanza attestava, per chi avesse voluto crederlo, che l'Italia occupava Assab su richiesta delle popolazioni indigene, desiderose di vedere così tutelati i loro interessi politici, economici e civili ⁽⁶²⁾.

1887 il generale Carlo Genè è "Comandante superiore delle forze italiane di terra e di mare, dislocate nel M. Rosso". Dall'aprile al novembre 1887 di nuovo Saletta con la carica di "Comandante superiore delle forze italiane nel M. Rosso". Il generale Alessandro Asinari di San Marzano dal novembre 1887 al maggio 1888 è "Comandante in capo delle R.R. Truppe in Africa. Poi il generale Antonio Baldissera, "Comandante superiore in Africa" dal maggio 1888 al dicembre 1889. Il generale Baldassarre Orero, dal dicembre 1889 al giugno 1890 è Comandante superiore dei possedimenti italiani in Africa". Antonio Gandolfi, generale, è "Governatore civile e militare", dal giugno 1890 al febbraio 1892. Il colonnello Oreste Baratieri è "Governatore civile" dal febbraio all'aprile 1892, poi dall'aprile 1892 al 3 marzo 1896 diventa generale e assume la carica di "Governatore civile e militare". Il generale Antonio Baldissera è "Governatore" dal marzo 1896 al marzo 1897. Giuseppe Viganò, generale, è "Vice governatore", dal marzo al dicembre 1897. Infine Ferdinando Martini è "Regio commissario civile", dal dicembre 1897 al marzo 1907, seguito da Giuseppe Salvago Raggi, Governatore civile dal marzo 1907 all'agosto 1915.

(62) Ma evidentemente tale tutela era di là da venire se in una lettera al ministro degli Esteri lo stesso Branchi lamentava il vuoto di potere in cui era stato lasciato il Commissariato: « L'E.V. avrà ben immaginato che se nulla io scrissi fin qui sulla posizione precaria fatta a questo Commissariato e sulla necessità di provocare dei provvedimenti legislativi in proposito, non fu perché degli inconvenienti non si facciano continuamente sentire, ma sibbene perché riteneva che questi dovessero cedere a quelle più importanti ragioni che trattennero cotesto R. Ministero dal tradurre in atto quanto si aveva l'intenzione di fare [...] è soprattutto dal lato giuridico che la mia posizione è assolutamente intenibile e tale che bisogna al più presto cambiarla se si vuole istituire in queste spiagge uno stato di cose quale si

La incertezza venne superata due anni dopo, con la *Convenzione* del 10 marzo 1882 ⁽⁶³⁾, che stabilì la cessione, allo Stato italiano, « della proprietà privata » di tutti i territori acquistati dal Rubattino. In questo modo fu possibile dare ad Assab un più idoneo assetto giuridico: da « Possedimento italiano di proprietà della società Rubattino » a « Colonia italiana ». Non fu estraneo alla definizione della sovranità italiana, il riconoscimento, da parte del governo britannico, dei diritti di piena proprietà, giurisdizione e sovranità dell'Italia sui territori in questione.

Il ministro degli Esteri Pasquale Stanislao Mancini, nel frattempo succeduto a Cairoli, si era fatto carico di risolvere il problema della condizione giuridica di Assab ponendo particolare attenzione alla necessità di escludere la entrata in vigore di tutte le leggi italiane (e soprattutto delle leggi elettorali, comunali, provinciali, finanziarie ed amministrative), prevista implicitamente dalla ordinanza del dicembre 1880.

Una volta perfezionato l'acquisto dei territori sul Mar Rosso si preoccupò di presentare alla Camera un progetto di legge istitutivo

conviene ad una nazione civile. Basterà un esempio. Giorni or sono uno dei nostri lavoratori Arabi ha violentata qui in Assab una fanciulla dancala. Il crimine aveva tutte le aggravanti possibili sia pel modo con cui fu commesso, che per l'età della fanciulla (7 anni) e pel grave pregiudizio portato alla salute della medesima. Il colpevole, denunziato, confessava pienamente il fatto. Dopo qualche esitazione ho dovuto limitarmi a fargli somministrare qualche bastonata e ad imbarcarlo poi sopra il primo sambuk che capitò con ordine di non più tornare in Assab. Noi non abbiamo ancora terminata la prigione che stiamo costruendo ed io non aveva per conseguenza mezzo alcuno di ritenerlo. Se lo avessi avuto, l'E.V. sa meglio di me che, mentre io non poteva giudicarlo, nessuna delle nostre Corti di appello si sarebbe dichiarata competente a farlo sul semplice decreto reale che istituisce un'autorità italiana in Assab. D'altra parte è evidente che, se hannovi motivi che trattengono il Governo dal pubblicare quanto si fece quaggiù, essi impediscono a più forte ragione che la cosa sia conosciuta in Italia e fuori per mezzo di un processo, il quale se non altro perché nuovo, avrebbe al certo attirato sopra di sé l'attenzione della stampa e del pubblico. Ma è egli giusto, è egli conveniente alla nostra dignità di popolo civile stabilire qua una diramazione del Governo, senza che essa possa tutelare l'ordine pubblico e vendicare la società offesa da simili delitti? » Lettera del 22 maggio 1881 di Branchi a Cairoli pubblicata in C. GIGLIO (a cura di), *Documenti (1859-1882)*, in *L'Italia in Africa*, s. storica, vol. I, *Etiopia-Mar Rosso*, T. II, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1959, pp. 181 ss.

⁽⁶³⁾ In MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., I, p. 10.

della Colonia che definisse la sua particolare condizione giuridica: non territorio geograficamente italiano, ma territorio politicamente italiano », « non parte integrante del Regno d'Italia, ma parte del territorio italiano costituito da condizioni legislative, giudiziarie e amministrative affatto speciali, e convenienti al reggimento di una colonia ». La formula opposta, annotava acutamente Mancini, avrebbe comportato la introduzione ad Assab « di tutte in massa le leggi d'ogni specie che sono in vigore presso di noi, comprese la legge elettorale, e tutte le leggi politiche comunali e provinciali, finanziarie ed amministrative, perché sono applicabili ad ogni parte del territorio italiano, ovunque situato » (64).

Il progetto riconfermava al Ministero degli Esteri la competenza nella politica coloniale e stabiliva un importante principio di diritto positivo che inaugurava una prassi che avrebbe trovato riscontro nelle successive leggi coloniali italiane: nelle materie di carattere legislativo, amministrativo, giudiziario ed economico sarebbe stato il Governo (65), e cioè l'esecutivo, a provvedere con decreti reali e ministeriali (66). In questo modo, in Colonia, l'uso dei decreti divenne la regola, a scapito della legislazione parlamentare (67).

(64) Cfr. MANCINI, *La Colonia italiana di Assab. Discorsi del Ministro degli Affari Esteri Mancini, preceduti dal disegno di legge e dalla Relazione ministeriale*, cit., p. 121 ss.

(65) « L'ordinamento politico della baia di Assab si modellava sul tipo più ristretto delle colonie inglesi (*crown colony*). Al governo centrale era riservata non solo ogni facoltà legislativa, delegata dal parlamento al potere esecutivo della metropoli, ma anche ogni facoltà esecutiva per la colonia. Dei provvedimenti occorrenti per la colonia era incaricato il ministro per gli Affari Esteri, sotto la cui dipendenza diretta essa era posta, salvo accordo preventivo con gli altri ministeri nelle materie di loro competenza. Il governo e l'amministrazione locale della colonia continuavano ad essere affidati al Commissario civile già istituito nel 1880 », così MONDAINI, *Manuale di storia e legislazione coloniale del Regno d'Italia*, I, *Storia coloniale*, cit., p. 20.

(66) Infatti l'art. 2 recita: « È data facoltà al Governo di procedere con decreti reali o ministeriali, secondo l'importanza della materia, all'ordinamento legislativo, amministrativo, giudiziario ed economico della Colonia, con quelle norme che saranno convenienti alle condizioni locali e con potestà di variarle nella stessa forma secondo i risultati della esperienza ».

(67) Scrive ROMANO, *Corso di Diritto coloniale*, cit., pp. 139 ss. che per l'ordinamento italiano soltanto il potere legislativo è per regola competente a dettare norme in materia coloniale. Quando il potere esecutivo emana norme giuridiche per le colonie lo fa su delega del potere legislativo. Così anche D'AMELIO, *L'Ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, cit., pp. 69 ss.

Di regola l'ordinamento giuridico delle colonie rientra nella competenza del potere legislativo e non è esatto ritenere che non avendo lo Statuto costituzionale vigore in colonia, debba invece ritenersi competente il potere esecutivo⁽⁶⁸⁾. La competenza dell'esecutivo infatti non ha un fondamento costituzionale diverso da quello del legislativo, anche essa risulta dallo statuto che, se non ha efficacia nel territorio coloniale, resta sempre la norma fondamentale che determina i poteri che si esplicano nel Regno, anche quando hanno per oggetto le colonie⁽⁶⁹⁾. Il fatto oggettivamente innegabile che buona parte dell'ordinamento coloniale venisse posto dal potere esecutivo dipese da una competenza di quest'ultimo risultante da condizioni speciali. Infatti nel periodo iniziale il potere esecutivo trasse titolo dall'essere i possedimenti coloniali territori *nullius*⁽⁷⁰⁾

(68) Così ROMANO, *Il Diritto pubblico italiano*, cit., p. 439-440.

(69) ROMANO, *Il Diritto pubblico italiano*, cit., p. 440.

(70) Anche se furono molte le divergenze sul fatto che un territorio abitato potesse dirsi *nullius*. Vedi i termini del dibattito che oppose Mancini all'onorevole Cesare Parenzo in MANCINI, *La Colonia italiana di Assab. Discorsi del Ministro degli Affari Esteri Mancini, preceduti dal disegno di legge e dalla Relazione ministeriale*, cit., pp. 149-150. E il commento di R. RAINERO, *L'anticolonialismo italiano da Assab ad Adua*, Milano, Ed. Comunità, 1971, pp. 77 ss.

Una opinione autorevole fu quella di Catellani che ricondusse lucidamente la questione entro i termini del diritto privato e del diritto internazionale: « Può esistere in un territorio una popolazione numerosissima che sia però così barbara e così disgregata da non poter dirsi che costituisca verun ordinamento politico né sia soggetta alla sovranità di qualche capo [...] quel territorio sarà bensì, nei riguardi del diritto privato, posseduto nella parte abitata dalla popolazione collettivamente considerata o dai singoli individui che la compongono, ma dal punto di vista della sovranità quel paese dovrà essere considerato *res nullius*. Le persone fisiche individuali vi esistono e perciò la proprietà del suolo non è disponibile se non in quanto quella popolazione lo abbia fino allora lasciato in abbandono o successivamente e spontaneamente lo abbandoni; ma la persona giuridica rappresentante politicamente il paese e la collettività che lo abita non vi esiste, e le sovranità costituite degli Stati civili vi trovano il campo così sgombro alla loro influenza politica e all'estensione del loro dominio, come nelle parti deserte di quel territorio, i singoli individui trovano il campo sgombro alla loro attività d'ordine privato e all'estensione della loro proprietà. Mentre il diritto d'occupazione privata degli individui deve arrestarsi davanti ad un altro individuo fornito di diritti preesistenti, il diritto di occupazione politica degli Stati deve arrestarsi non già davanti a qualunque moltitudine di individui, ma soltanto davanti ad un altro Stato »: CATELLANI, *Le Colonie e la Conferenza di Berlino*, cit., pp. 579-580. Ma vedi anche, da ultimo, COSTA, *Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, cit., pp. 482 ss.

acquistati dalla corona. Superato il primo periodo, quello della conquista o dell'acquisto, ed è il caso della legge in questione, il potere esecutivo trasse titolo all'esercizio della funzione legislativa da una delega del parlamento ⁽⁷¹⁾.

Il disegno di legge si preoccupava anche di definire la questione della condizione giuridica degli abitanti della colonia attraverso il riconoscimento di due soggetti di diritti, con differente stato giuridico e capacità politica. I cittadini italiani, ai quali venivano estese le leggi del Regno e i codici italiani ⁽⁷²⁾. Gli indigeni (Mancini preferisce non usare esplicitamente il termine sudditi coloniali), ai quali sarebbe stato applicato il diritto consuetudinario, opportunamente modificato qualora in contrasto con quello metropolitano ⁽⁷³⁾. Il

⁽⁷¹⁾ Sul punto vedi ROMANO, *Il Diritto pubblico italiano*, cit., p. 440. Contesta questa tesi PERTICONE (a cura di), *La politica coloniale dell'Italia negli atti, documenti e discussioni parlamentari*, in *L'Italia in Africa*, cit., pp. 5-6: « Il nostro statuto albertino dispone che l'approvazione del Parlamento è richiesta per la validità dei trattati che importino oneri finanziari o variazioni di territorio. Dei trattati di altra natura, il Governo dà semplice "notizia alla Camera tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano ed unendovi le comunicazioni opportune" [...]. Allora è chiaro che l'obbligo statutario, il quale impone all'esecutivo di sottoporre alle Camere quei trattati che importino oneri finanziari e variazioni di territorio, si può far valere anche per gli atti di occupazione che non sono trattati, ma importano, come questi, oneri finanziari o variazioni di territorio. E la mancanza di questo assenso del Legislativo, che si richiede per la validità dell'atto e dell'impegno, equivale ad un arresto del processo di formazione della volontà legislativa, e quindi all'annullamento dell'obbligo giuridico, che non può aver vita se non nel momento in cui le Camere l'abbiano approvato. Questa è la tesi dei vecchi pubblicisti, dalle idee chiare, che sembra da preferire alle elucubrazioni tecnico-giuridiche su cui è fondata la tesi contraria, che cioè una condizione dell'efficacia di un trattato non può essere posta che dal diritto internazionale o dalla concorde volontà delle parti, ma non dal diritto costituzionale ».

⁽⁷²⁾ « Lo statuto personale pei cittadini oriundi delle provincie del regno sarebbe senz'altro e intangibilmente regolato dai Codici e dalle leggi nazionali le quali dovranno applicarsi ai rapporti di cittadinanza, di famiglia e di stato civile ed alle successioni. Avrebbero del pari vigore, anche per ogni altra materia, i Codici italiani e le leggi italiane, salvo che sia derogato da speciali norme legislative od amministrative emanate per la colonia, sia nei rapporti tra Italiani, sia nei rapporti tra Italiani e indigeni, sia nei rapporti tra stranieri, sia nei rapporti tra stranieri e indigeni »: MANCINI, *La Colonia italiana di Assab. Discorsi del Ministro degli Affari Esteri Mancini, preceduti dal disegno di legge e dalla Relazione ministeriale*, cit., p. 83.

⁽⁷³⁾ « D'altra parte, invece, dovrà, in qualsivoglia materia, per i reciproci rapporti tra indigeni e indigeni, essere scrupolosamente rispettata la legislazione consuetudinaria

ministro rammentò alla Camera « che nulla è più pericoloso quanto l'adoperare nei Codici o negli atti legislativi certe parole che non hanno uniformità di significato; tali sono le parole sudditanza e cittadinanza [...]. Non è però in mente del Governo, e credo che non sarà nel concetto della Camera, di voler fare degli indigeni abitanti di Assab altra cosa che dei veri cittadini italiani, anziché una classe di *parias*, inferiore e soggetta. Ma non per questo ne segue necessariamente che essi debbono avere immediatamente l'esercizio di tutti i diritti politici. Questa conseguenza a ragione si nega. Una legge può conferire a questi nuovi cittadini, per le speciali condizioni di società e di civiltà in cui si trovano, una determinata misura di diritti politici per qualche tempo: senza di ciò, e se dovessero ritenersi stranieri, o carenti di diritti, diverrebbe inutile la legge che vi sta innanzi » (74).

La *Legge per la Colonia di Assab*, n. 857, fu votata il 5 luglio 1882 (75) e il suo testo aderì sostanzialmente al progetto presentato dal ministro degli Esteri. Fu la prima legge coloniale italiana: stabili

finora vigente per essi, in quanto, però, questa non si opponga ai dettami della morale, all'ordine pubblico o ad espresse disposizioni dell'ordinamento coloniale di Assab. Lo esercizio stesso della giurisdizione sopra gli indigeni sarebbe affidato, in tutti quei casi in cui non sia implicato interesse di Italiano o di stranieri, ad un cadì, scelto però dal commissario civile, e incaricato di amministrare la giustizia in nome del Re d'Italia »: MANCINI, *La Colonia italiana di Assab. Discorsi del Ministro degli Affari Esteri Mancini, preceduti dal disegno di legge e dalla Relazione ministeriale*, cit., p. 83.

(74) « [...] Volete una prova che essi saranno politicamente veri cittadini italiani? Questi indigeni avranno alcuni diritti politici: ne accenno uno. Si considera come diritto politico per il cittadino di uno Stato quello di non potere essere espulso dal territorio del proprio paese senza un regolare giudizio, mentre invece lo straniero, se turba l'ordine pubblico, può essere espulso amministrativamente dallo Stato. Ora io sono convinto che tra i poteri del Ministero dell'Interno non vi sarà quello di pronunziare amministrativamente l'espulsione di un cittadino di Assab fuori della colonia, salve le disposizioni speciali che potessero adottarsi in proposito dal futuro regolamento giudiziario ed amministrativo della colonia medesima. E perché? Perché appunto qualunque cittadino italiano ha il diritto perfetto di Abitare il proprio paese, e dovrebbe essere sottoposto a giudizio per sottostare all'applicazione di pene prevedute dalla legge »: MANCINI, *La Colonia italiana di Assab. Discorsi del Ministro degli Affari Esteri Mancini, preceduti dal disegno di legge e dalla Relazione ministeriale*, cit., pp. 151-152.

(75) Vedi il disegno di legge, la relazione ministeriale e la discussione, tutti pubblicati in MANCINI, *La Colonia italiana di Assab. Discorsi del Ministro degli Affari Esteri Mancini, preceduti dal disegno di legge e dalla Relazione ministeriale*, cit.

« sulla costa occidentale del Mar Rosso una Colonia italiana nel territorio di Assab, sottoposta alla sovranità dell'Italia » (76).

Gettò le fondamenta dell'ordinamento giuridico, amministrativo e giudiziario della colonia e influenzò tutta la successiva legislazione coloniale. Introdusse i termini del lungo dibattito che avrà per oggetto, come vedremo, il principio di una giustizia differenziata fra cittadini italiani e indigeni (diritto metropolitano e diritto indigeno), e la necessità della promulgazione dei codici italiani nei territori occupati (77).

Mentre in Italia si tracciavano le linee generali della nostra politica coloniale, in Abissinia l'imperatore d'Etiopia, Negus Johannes IV, seppur consapevole delle aspirazioni territoriali degli italiani, sottovalutò il pericolo rappresentato dal loro arrivo sulla costa perché interessato soprattutto alla partenza degli Egiziani che allora dominavano la maggior parte delle rive africane del Mar Rosso, del golfo di Aden e l'immediato entroterra.

La sua sicurezza era rafforzata dall'accordo che aveva concluso,

(76) La legge consta di quattro articoli: l'art. 1 fissa l'estensione del territorio della colonia; l'art. 2 dà facoltà al governo di provvedere con decreti reali o ministeriali all'ordinamento legislativo, amministrativo, giudiziario, economico della colonia stessa, che è collocata sotto la diretta dipendenza del Ministero degli Affari Esteri. fra le facoltà accordate al governo si comprendono le seguenti: regolare le attribuzioni del commissario civile ivi istituito; concedere nel territorio di Assab l'esenzione dal pagamento di qualunque specie di imposte dirette e indirette per un trentennio; stabilire ad Assab un porto franco; accordare a società od a privati concessioni di terreni demaniali; provvedere alle opere di pubblica utilità in corso di esecuzione; stipulare coi sovrani e capi delle prossime regioni convenzioni di amicizia e di commercio. L'art. 2 dichiara anche che si presenterà al Parlamento, nella sessione del 1884, una relazione per esporre i provvedimenti emanati, il primo ordinamento della colonia, lo stato dei vari servizi e i rapporti della medesima con le vicine popolazioni. Una simile relazione deve essere in seguito presentata periodicamente al Parlamento alla fine di ogni quinquennio. L'art. 3 dispone l'applicazione dei codici e delle leggi agli italiani residenti in colonia; e dichiara che, quanto agli indigeni, saranno rispettate le loro credenze e pratiche religiose, e regolate, secondo la tradizione consuetudinaria, le loro relazioni di diritto privato. Un magistrato, dottore nella legge musulmana (cadi) giudicherà le loro controversie. Egli sarà però nominato dal regio commissario ed amministrerà la giustizia in nome del Re d'Italia. L'art. 4 fissa il pagamento dovuto alla compagnia Rubattino. La legge è pubblicata in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., I, p. 16.

(77) Così VOLTERRA, *Amministrazione e giustizia alle origini della Colonia Eritrea (1882-1886)*, cit., p. 203.

sotto gli auspici dell'ammiraglio inglese Hewett, con l'Inghilterra e con l'Egitto (il 3 giugno 1884) ⁽⁷⁸⁾, secondo il quale, in cambio del suo aiuto, Londra si impegnava a restituirgli i territori recentemente occupati dall'Egitto alla frontiera sudanese. L'Egitto, da parte sua, si sarebbe accontentato di mantenere una piccola guarnigione nel porto di Massaua. L'accordo ebbe vita breve. Infatti, quando nel febbraio del 1885 gli italiani, con il consenso degli inglesi, sbarcarono a Massaua, l'altro porto poco più a nord di Assab, la guarnigione egiziana, che presidiava la città, non oppose resistenza ⁽⁷⁹⁾.

Il primo successo italiano sulla via della costruzione di un impero coloniale fu coronato dalla sostituzione del ministro degli Esteri. Il generale Carlo Felice Nicolis di Robilant prese il posto di Mancini, quasi a voler sottolineare la nuova e più risoluta politica assunta nella vicenda africana. Da ora in poi « dai ministri ai consiglieri dei ministri, dai governatori agli amministratori coloniali sino ai comandanti di truppa: i militari furono, nel primo colonialismo italiano, un fattore largamente presente e determinante » ⁽⁸⁰⁾.

L'occupazione italiana, sostenuta dall'Inghilterra, e sottovalutata dall'Etiopia, si scontrava soprattutto con i diritti vantati dal Cairo sul territorio di Massaua. Si determinò così, sulla costa del Mar Rosso, quella complessa situazione politico diplomatica che verrà definita il condominio italo-egiziano ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Il testo del trattato di Hewett è pubblicato in C. ROSSETTI, *Storia diplomatica dell'Etiopia durante il regno di Menelik II. Trattati, accordi, convenzioni, protocolli, atti di concessione, ed altri documenti relativi all'Etiopia*, Torino, STEN, 1910, alle pp. 25-26.

⁽⁷⁹⁾ Una attenta ricostruzione di questi fatti, attraverso le memorie e i documenti di Francesco Crispi, in F. CRISPI, *La prima guerra d'Africa*, a cura di T. Palamenghi Crispi, 2ª ed., Milano, Garzanti, 1939 (la prima ed. è del 1914), alle pp. 1-8. Ma vedi anche la cronaca dei protagonisti: A. BUONACINA, *Due anni a Massaua*, Fabriano, Tip. Gentile, 1887; L. CHIALA, *La spedizione di Massaua*, Torino-Napoli, Le Roux e C., 1888.

⁽⁸⁰⁾ LABANCA, *In Marcia verso Adua*, cit., p. 139.

⁽⁸¹⁾ Notizie in LABANCA, *In Marcia verso Adua*, cit., pp. 104-105. Le discussioni sul carattere giuridico del territorio di Massaua vedono Santi Romano negare la esistenza di un condominio italo-egiziano, perché « l'Egitto aveva già dichiarato di non poter esercitare il suo imperio su quel luogo » (ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 72). Diversa l'opinione della maggioranza della scienza coloniale che, forte delle dichiarazioni dello stesso Mancini alla seduta della camera del 6 maggio 1886, sostenne l'esistenza di una occupazione mista (Cfr. MONDAINI, *Manuale di storia e legislazione coloniale del Regno d'Italia*, I, *Storia coloniale*, cit., p. 44 e poi CUCINOTTA, *Diritto coloniale italiano*, cit., p. 71).

Il primo passo per porre termine alla difficile coabitazione tra Italia ed Egitto fu segnato dal R.D. 5 novembre 1885⁽⁸²⁾. Con esso l'Italia inviava a Massaua il generale Carlo Genè, *Comandante superiore in Africa*, che assumeva il comando delle forze di terra e di mare dislocate nel Mar Rosso, e « la suprema direzione di tutti i servizi colà costituiti », da qualsiasi amministrazione dipendessero (art. 1). Sotto la sua autorità erano posti i commissari civili di Assab e di Massaua, anche loro ufficiali dell'esercito. L'invio a Massaua di un generale dell'esercito italiano provocò un vero e proprio « colpo di stato »⁽⁸³⁾, un chiaro tentativo di attestare la sovranità italiana su Massaua, forzare la mano al Cairo e porre fine alla sovranità e alla giurisdizione condivisa con l'Egitto.

Sarebbe stato utile garantire al nuovo funzionario un unico organo della amministrazione centrale cui fare riferimento, invece in Italia la *Direzione* delle cose coloniali, che fino ad allora era del Ministero degli Esteri, venne frazionata secondo la competenza per materia. Così il comandante superiore a Massaua si trovò a dipendere dal Ministero degli Esteri per le funzioni civili e dal Ministero della Guerra per quelle militari, senza contare poi tutte le istruzioni che i diversi ministeri interessati gli trasmettevano direttamente per regolare le questioni di carattere tecnico (art. 2).

Fin dai suoi primi passi la amministrazione coloniale italiana cercò di trovare proprie direttive e propri compiti man mano che i problemi si presentavano e l'esperienza si affinava, tuttavia, come negarlo? Alcune scelte amministrative sembrano nascere più dal caso o sotto la spinta delle circostanze, piuttosto che da una seria programmazione politica. Rafforza questa lettura il fatto, oggettivamente illogico, che ad Assab l'ufficiale dell'esercito o della marina che fungeva da commissario civile, continuò a prendere ordini, in Italia, dal Ministero degli Esteri, mentre in colonia, come abbiamo visto, era posto a disposizione dell'autorità militare di Massaua⁽⁸⁴⁾.

(82) R.D. *Che fissa le attribuzioni del Comandante Superiore in Africa*, in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., I, p. 143.

(83) Così LABANCA, *In Marcia verso Adua*, cit., p. 105.

(84) C. MARINUCCI, *Gli organi centrali, in L'Italia in Africa*, s.giuridico-amministrativa, vol. I: *Il governo dei territori oltremare*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1963, p. 7. Ma vedi anche VOLTERRA, *Amministrazione e giustizia alle origini della Colonia Eritrea (1882-1886)*, cit., alle pp. 209-210; LABANCA, *In marcia verso Adua*, cit., p. 105.

D'altro canto la scelta, apparentemente incongrua, finiva per rispondere alla necessità di uniformare le disposizioni sull'intero possedimento che continuava a godere di due condizioni giuridiche diverse: Assab era « territorio posto sotto la piena sovranità italiana », mentre Massaua era « territorio presidiato e amministrato dall'Italia ».

Dall'indomani dello sbarco a Massaua, i militari furono l'unico strumento su cui i governi poterono effettivamente contare per la gestione della politica coloniale. Come vedremo, sia che assumessero la denominazione di *Commissario civile*, di *Comandante superiore in Africa*, di *Governatore civile e militare* o semplicemente di *Governatore civile*, mantennero comunque, per un lungo periodo, la diretta responsabilità dell'intera politica africana ⁽⁸⁵⁾.

Il decreto del 5 novembre sortì il suo effetto perché di lì a un mese, la mattina del 4 dicembre, il presidio militare e i funzionari egiziani si imbarcarono alla volta di Suakim e lasciarono la città agli italiani.

8. *Il Regolamento Celli*.

Dopo la partenza degli egiziani si impose la necessità di un riordinamento degli istituti giudiziari di Massaua. Il ministro degli Esteri Di Robilant presentò alla camera, nella giornata del 30 giugno 1886, in appendice alla *Memoria sull'ordinamento politico-amministrativo e sulle condizioni economiche di Massaua*, il progetto del nuovo ordinamento giudiziario.

Il *Regolamento Celli*, così chiamato dal nome del suo estensore ⁽⁸⁶⁾, fu, secondo le intenzioni del suo stesso autore, predisposto a carattere sperimentale per riordinare provvisoriamente una serie di istituti, in attesa di essere sostituito da un ordinamento giudiziario permanente e definitivo. Non venne mai formalmente approvato né con decreto ministeriale, né con decreto governatoriale ⁽⁸⁷⁾; man-

⁽⁸⁵⁾ Così LABANCA, *In marcia verso Adua*, cit., pp. 101, e poi 134-135.

⁽⁸⁶⁾ Gennaro Celli fu sostituito procuratore generale presso la Corte di Cassazione di Roma.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. D'AMELIO, *L'Ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, cit., p. 172, che commenta: « Per otto anni, cioè fino al 1894, epoca in cui fu pubblicato il nuovo ordinamento, il lavoro del Celli fu la norma procedurale regolatrice della competenza e

dato dal governo in colonia perché se ne verificasse l'efficacia, qui entrò di fatto in vigore il 7 agosto 1886, il giorno in cui furono istituiti a Massaua il *Tribunale civile, commerciale e correzionale*, e la figura del *Giudice unico*. Il regolamento Celli, che interveniva nella complessa materia relativa alla applicazione dei codici italiani nei possedimenti del Mar Rosso (presupponendone la avvenuta pubblicazione e quindi la vigenza), fu alla base della amministrazione della giustizia italiana nel Mar Rosso fino al 1894, anno in cui fu varato il nuovo ordinamento giudiziario ⁽⁸⁸⁾.

L'ordinamento Celli instaurò un regime di giustizia unica. Pur riconoscendo agli indigeni la giurisdizione del *Cadì* per le questioni religiose e di stato personale, familiare e di successione, li sottopose per gli affari civili, commerciali e penali alla stessa giurisdizione degli europei. Gli organi fondamentali della nuova organizzazione della giustizia furono il Giudice unico (il Presidente del Tribunale) per gli italiani e per gli stranieri nelle cause civili e penali minori e il Tribunale per le cause più rilevanti. Il Tribunale civile, commerciale e correzionale aveva giurisdizione su tutto il territorio dipendente dal Supremo comando militare (quindi Massaua e Assab), era composto da un presidente italiano, preso dalla carriera consolare o dall'ordine giudiziario, e da due giudici assessori scelti fra i notabili del luogo senza vincoli di nazionalità o condizione, nominati ogni anno dal comandante superiore. Poi un cancelliere con funzioni di interprete, gli scrivani e gli uscieri. Il procedimento seguito sia innanzi al Giudice unico sia innanzi al Tribunale era quello più semplice previsto dalla legge consolare, più adatto per ragioni di economia e di speditezza alle particolari condizioni del luogo ⁽⁸⁹⁾.

della forma dei giudizi. Si ebbero dei casi di annullamento di sentenze per essere stata violata qualche disposizione del regolamento Celli, senza che alcuno si domandasse chi avesse approvato quelle disposizioni e quale valore esse avessero. La qual cosa è la maggior lode che si può fare a quel primo ordinamento giudiziario, che si impose per l'intrinseca sua bontà e per comune consenso ebbe lo stesso vigore della legge ».

⁽⁸⁸⁾ « In questo modo un regolamento mai approvato applicò dei codici mai pubblicati [...] » così, assieme a una completa ricostruzione della vicenda, VOLTERRA, *Amministrazione e giustizia alle origini della Colonia Eritrea (1882-1886)*, cit., pp. 213 ss.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. V. MELLANA, *L'amministrazione della giustizia in Eritrea e in Somalia (1869-1936)*, in *L'Italia in Africa*, s. giuridico-amministrativa, vol. II, T. I, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1971, pp. 34 ss.

9. *Dopo Dogali.*

In seguito alla sconfitta di Dogali, quando divenne evidente che la politica di conquista coloniale doveva essere più aggressiva, il Ministero della Guerra assorbì gradualmente la *Direzione degli affari coloniali*, che gli venne accordata formalmente dal R.D. del 17 aprile 1887⁽⁹⁰⁾. Il Comandante superiore delle Truppe d'Africa accentrò sotto di sé tutti i poteri e la direzione di tutti i servizi della colonia, indipendentemente dal ministero di appartenenza. Gli vennero anche conferiti ampi poteri in caso di guerra⁽⁹¹⁾. Lo stesso commissario civile di Assab, che pure aveva mantenuto una sua autonomia corrispondendo direttamente con il Ministero degli Esteri, venne legato al comando superiore da una più forte dipendenza (art. 7). Il Ministero della Guerra fu l'unica amministrazione che controllò la politica africana di quegli anni⁽⁹²⁾, il suo potere, pressoché assoluto, terminerà soltanto nel 1890 con la proclamazione della Colonia Eritrea.

Furono gli anni della guerra contro l'imperatore Johannes, della successione al trono di Menelik, dell'occupazione dell'altopiano, delle conquiste di Cheren e di Asmara. In questo periodo, dal 1887 al 1889, si succedettero alla guida della colonia tre generali che rappresentarono l'unico organo centrale di governo in un periodo incalzato dalle necessità militari: Tancredi Saletta (dall'aprile al

⁽⁹⁰⁾ Art. 1: « Il generale dell'esercito e comandante superiore in Africa ha il comando delle truppe dei nostri presidi d'Africa e delle forze di mare di stazione nel Mar Rosso; ed ha la superiore direzione di tutti i servizi ivi costituiti, di qualsiasi amministrazione dello Stato facciano parte ». Art. 2: « Il comandante superiore in Africa dipende esclusivamente dal Ministro della guerra, dal quale riceve ordini ed al quale riferisce per qualsiasi ramo di servizio generale o speciale. Per gli affari d'ordine essenzialmente tecnico, amministrativo o contabile, i capi servizio che non fanno parte dell'amministrazione della guerra corrispondono col rispettivo Ministero, ma sempre per tramite del comando superiore ». Vedi R. *Decreto relativo alle attribuzioni del Comando superiore a Massaua ed alla trattazione delle cose d'Africa*, in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., I, pp. 367 ss.

⁽⁹¹⁾ Art. 9: « Qualora [...] sia dichiarata in istato di guerra Massaua, o altro luogo compreso nel territorio dei presidi d'Africa, il comandante superiore avrà gli attributi e le facoltà determinate, per lo stato di guerra, dal codice penale per l'esercito e dalle leggi e regolamenti militari ».

⁽⁹²⁾ Una attenta ricostruzione della amministrazione 'di guerra' in VOLTERRA, *Verso la Colonia Eritrea: la legislazione e l'amministrazione (1887-1889)*, cit.

novembre 1887), poi Alessandro Asinari di San Marzano (dal novembre 1887 al maggio 1888) infine Antonio Baldissera (dal maggio 1888 al dicembre 1889) ⁽⁹³⁾.

Alla fine del 1889, quando ormai l'opera di riassetamento della colonia poteva considerarsi conclusa, il presidente del Consiglio Francesco Crispi (che ricopriva *ad interim* anche la carica di ministro degli Esteri) pensò che fosse giunto il momento di tentare una politica coloniale di maggior respiro e al contempo meno pesante per il bilancio dello Stato, gravato fino ad allora dalle continue richieste di spese militari. Ai possedimenti e ai protettorati del Mar Rosso venne apposto il nome di Colonia Eritrea, il suo governo fu trasformato, almeno formalmente, da militare a civile, venne dotato di un bilancio autonomo e di una amministrazione propria.

10. *L'istituzione della Colonia Eritrea.*

Fino al 1890 la colonia aveva costituito solo un buco nel bilancio dello Stato italiano: i vantaggi commerciali erano ancora risibili, il numero degli emigrati basso, gli investimenti di capitale discontinui ed incerti. A rendere più complicata la creazione di una sponda africana contribuiva certamente il fatto che la colonia fosse governata e popolata per la maggior parte da militari che sembravano essere gli unici a trarre un qualche profitto dallo sforzo economico sostenuto dal paese. Nella campagna di conquista che si era conclusa con l'occupazione di Asmara le spese militari erano diventate insostenibili: l'emergere di un eccezionale *deficit* pubblico (di lì a poco sarebbe scoppiato lo scandalo della Banca Romana) aveva allarmato l'opinione pubblica che vedeva nella politica di conquista coloniale la maggiore responsabile del disavanzo del bilancio. L'istituzione di

⁽⁹³⁾ Durante i venti mesi in cui ricoprì la carica di Comandante superiore delle truppe d'Africa, Baldissera (tristemente noto per gli eccidi di Massaua) dotò la colonia di un embrionale assetto amministrativo. Istituì corpi di ascari eritrei (volontari con ferma annuale) conoscitori del territorio e quindi funzionali alle mire espansionistiche verso l'Etiopia (Sul ruolo centrale che gli ascari svolsero nelle imprese coloniali vedi: M. SCARDIGLI, *Il braccio indigeno degli Ascari. Irregolari e bande nella conquista dell'Eritrea (1885-1911)*, Milano, Angeli, 1996). Baldissera migliorò i rifornimenti idrici di Massaua e il servizio sanitario offerto dall'ospedale di Massaua. Emanò una serie di decreti fiscali che colpirono commercianti e proprietari di immobili.

un governo civile in colonia sembrò un modo per dare l'avvio a nuove economie e ridimensionare i militari (che pure di fatto mantenevano il controllo della sua gestione).

Il R.D. del 1° gennaio 1890 n. 6592 ⁽⁹⁴⁾ è considerato l'atto costitutivo della Colonia Eritrea ⁽⁹⁵⁾. La Direzione degli affari coloniali (con sede a Massaua) fu lasciata ancora ad un militare, il generale Baldassare Orero, seppure con la carica di Governatore civile ⁽⁹⁶⁾, coadiuvato dal Consiglio di governo ⁽⁹⁷⁾, organo consultivo composto da tre consiglieri civili ⁽⁹⁸⁾, uno per l'interno ⁽⁹⁹⁾, uno

⁽⁹⁴⁾ In MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., II, p. 5.

⁽⁹⁵⁾ *Decreto reale del 1° gennaio 1890*. « Umberto I per grazia di Dio e per volontà della Nazione Re d'Italia, volendo dare un assetto stabile ai possedimenti ed ai protettorati italiani nel mar Rosso; Visti i Nostri decreti del 5 novembre 1885 e del 17 aprile 1887; Sulla proposta del presidente del Consiglio, ministro *ad interim* degli affari esteri; Udito il consiglio dei ministri; Abbiamo decretato e decretiamo: Art. 1. I possedimenti italiani nel Mar Rosso sono costituiti in una sola colonia col nome di *Eritrea*. Art. 2. La colonia avrà un bilancio ed una amministrazione autonomi. Il comando generale e l'amministrazione della medesima sono affidate a un governatore civile e militare ».

⁽⁹⁶⁾ Art. 3 « Il governatore ha il comando di tutte le forze di terra e di mare che sieno di guarnigione nel Mar Rosso ».

⁽⁹⁷⁾ « Il *Consiglio di Governo* si riuniva dietro convocazione del Governatore, trattava gli affari più importanti relativi alla politica e alla amministrazione della colonia, sui quali deliberava a pluralità di voti, con prevalenza, in caso di parità, del voto del Governatore. Il Governatore poteva sospendere le deliberazioni del Consiglio nelle materie di grave interesse politico-amministrativo, riferendone la decisione al Ministro degli Affari Esteri »: MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., p. 455.

⁽⁹⁸⁾ Art. 5 « Il governatore nell'esercizio delle sue funzioni sarà coadiuvato da tre consiglieri civili, uno per l'interno, uno per le finanze ed i lavori pubblici ed uno per l'agricoltura ed il commercio. Art. 6. I tre consiglieri saranno nominati da Noi su proposta del ministro degli affari esteri. Essi debbono essere cittadini italiani e non possono esercitare il commercio. Art. 7. I consiglieri coloniali sono equiparati nel grado e nello stipendio ai prefetti dello Stato. Saranno a carico del bilancio coloniale. [...] Art. 11. I tre consiglieri riuniti insieme e presieduti dal governatore costituiscono il Consiglio del Governo ». Art. 12 « Questo consiglio è convocato dal governatore. Sono di sua competenza tutti gli affari più importanti che concernono la politica e l'amministrazione della colonia ». Art. 13 « Il consiglio coloniale delibera a pluralità di voti. In caso di parità prevale il voto del governatore. Nelle materie di grave interesse politico o amministrativo, il governatore può sospendere le deliberazioni del consiglio riferendone al ministro degli affari esteri, il quale deciderà ».

⁽⁹⁹⁾ Art. 8 « Le attribuzioni del consigliere coloniale per l'interno comprendono:

per le finanze e i lavori pubblici ⁽¹⁰⁰⁾ e uno per l'agricoltura e il commercio ⁽¹⁰¹⁾. Il vertice amministrativo composto da tre civili presieduti da un militare venne a quel tempo definito « un parto mostruoso », una « unione morgantica » ⁽¹⁰²⁾. L'intenzione di Crispi era quella di affiancare al governatore un consiglio che ne limitasse i poteri (come il consiglio dei Ministri rispetto al presidente del Consiglio). Tre civili avrebbero 'sorvegliato' un militare. L'amministrazione 'anfibia' che Crispi volle dare alla colonia, rivelerà tutta la sua debolezza di lì a poco quando, solo dopo un anno dalla sua istituzione, il Consiglio di governo composto dai tre consiglieri coloniali verrà abrogato.

La Colonia Eritrea, finalmente istituita, non dipendeva direttamente da nessun ministero e dipendeva un po' da tutti ⁽¹⁰³⁾: dal Ministero degli Esteri per le relazioni diplomatiche e l'amministrazione civile, dalla Guerra e dalla Marina per le questioni militari, di ordine pubblico e per le materie della navigazione, da quello di Grazia e Giustizia per l'amministrazione giudiziaria, dalle Poste e Telegrafi per i servizi postali. Ciò nonostante il Ministero degli Esteri esercitò una effettiva preponderanza, e a causa delle competenze

l'amministrazione civile; l'amministrazione della giustizia; la polizia e la sicurezza pubblica; l'istruzione pubblica; la polizia sanitaria; le prigioni e gli altri luoghi di detenzione o relegazione; i rapporti con le autorità dipendenti da governi esteri che hanno possedimenti nel Mar Rosso o nel Golfo di Aden ».

⁽¹⁰⁰⁾ Art. 9 « Le attribuzioni del consigliere coloniale per le finanze e i lavori pubblici comprendono: l'amministrazione finanziaria, le dogane, le tasse e contribuzioni diverse; i lavori pubblici e la viabilità; i porti, la costruzione e la manutenzione dei medesimi, la sorveglianza delle spiagge, dei fari o segnali, l'iscrizione marittima, gli uffici di porto; le poste, i telegrafi e le ferrovie; le casse governative ».

⁽¹⁰¹⁾ Art. 10 « Le attribuzioni del consigliere coloniale per l'agricoltura ed il commercio comprendono: il demanio pubblico; la direzione e l'incoraggiamento dell'agricoltura, delle industrie e del commercio; la sorveglianza delle strade carovaniere, il transito a traverso le differenti tribù; le relazioni cogli indigeni ed i loro capi, tanto all'interno che all'esterno della colonia, la scelta e conferma in ufficio dei sultani, naib, sceik, cadì, scium, kantibay; le trattative politiche con l'Etiopia ».

⁽¹⁰²⁾ Articolo di E. Scarfoglio sul *Corriere di Napoli* del 14 aprile 1981. Pubblicato in SCARFOGLIO, *Viaggio in Abissinia*, cit., p. 75.

⁽¹⁰³⁾ Art. 4 « Per tutto ciò che spetta all'amministrazione civile della colonia il governatore dipende dal Ministero degli affari esteri. Per tutto ciò che concerne i servizi militari, egli dipende dal Ministero della guerra. Per ciò che concerne il navilio, dipende dal Ministero della Marina ».

politiche, e perché responsabile, attraverso la figura del Governatore ad esso direttamente subordinato, della amministrazione della colonia (104).

Il regio decreto istitutivo della Colonia (105) fu seguito da alcuni provvedimenti importanti che ne permisero l'attuazione. Uno di questi, la *Legge che dà facoltà al governo del Re di emanare alcune leggi dello Stato nella Colonia Eritrea*, del 1° luglio 1890 n. 7003 (106), interrompe l'automatismo giuridico della estensione automatica delle leggi italiane alla colonia e inaugurò il principio della specialità del diritto coloniale. La necessità cioè di una apposita volontà legislativa affinché una norma vigente in madrepatria acquistasse valore nella colonia (107). La legge delegò al governo del Re la facoltà di

(104) Cfr. *supra*, nota 98 art. 13.

(105) Non poche furono le mozioni parlamentari che (invocando l'art. 5 dello Statuto) affermavano l'organizzazione coloniale dovesse essere autorizzata dal potere legislativo, che i trattati internazionali che richiedevano una modifica del territorio dello Stato o un onere finanziario non potessero avere effetto senza l'approvazione del Parlamento e invitavano pertanto il Governo a sottoporre all'approvazione del Parlamento il Regio decreto del 1° gennaio sulla Colonia Eritrea. Ad esse Crispi rispose che l'art. 5 dello Statuto riguardava soltanto i trattati che importavano onere finanziario e variazione di territorio dello Stato: «Sono le colonie territorio dello Stato? Niente affatto, sono dipendenze dello Stato, non ne fanno parte integrante, non sono nello Stato, ma sotto il dominio dello Stato. Quando l'art. 5 parla di territorio dello Stato, parla dello Stato nazionale, parla dello Stato che impera, parla dell'Italia, non di territori stranieri che potevano essere conquistati in appresso al di là dei confini della nazione. Quindi l'articolo neanche per questo è applicabile al caso nostro». Vedi CRISPI, *La prima guerra d'Africa*, cit., p. 202 ss.

(106) Vedi *Legge che dà facoltà al Governo del Re di emanare alcune leggi dello Stato nella Colonia Eritrea*, 1° luglio 1890, n.7003, serie 3, in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., II, p. 95.

(107) «Modificato dal punto di vista amministrativo, mercé le più larghe facoltà esecutive lasciate al governo coloniale nell'esercizio delle funzioni ad esso affidate, ma non trasformato nelle sue basi politiche, essendo pur sempre il governo coloniale emanazione diretta ed esclusiva di quello centrale metropolitano, il regime originario di Assab continuava, anche dopo il 1890, a rimaner inalterato nella colonia Eritrea dal punto di vista legislativo; delegandosi, con una legge del 1° luglio di quell'anno, al governo centrale, previo parere del Consiglio di Stato, l'autorità legislativa per la colonia, salvo per quanto riguardava le norme relative allo stato personale e di famiglia dei cittadini italiani ed alcuni poteri finanziari», così MONDAINI, *Manuale di storia e legislazione coloniale del Regno d'Italia*, I, *Storia coloniale*, cit., p. 67.

pubblicare leggi in colonia, sentito l'avviso del Consiglio di Stato (art. 3), e gli conferì la facoltà di emanare disposizioni di legge regolanti lo *status* personale degli indigeni, i rapporti giuridici fra italiani, stranieri e indigeni, la materia della proprietà immobiliare, nonché gli ordinamenti locali della giustizia, della polizia e della amministrazione finanziaria, civile e militare, purché non riguardassero lo stato personale e di famiglia dei cittadini italiani e non comportassero una spesa gravante sul bilancio generale dello Stato (art. 1). Il governo era autorizzato anche a pubblicare ogni legge del Regno negli organi ufficiali della colonia, con quelle modificazioni richieste dalle condizioni locali, purché non riguardassero lo stato personale e di famiglia dei cittadini italiani (art. 1); a concedere a privati e a società terreni demaniali « o di qualsivoglia natura » allo scopo di colonizzazione agricola; ad eseguire opere pubbliche purché non gravassero sul bilancio generale dello Stato; a decretare tasse e imposte. Infine ebbe facoltà di stipulare con i sovrani e i capi delle regioni vicine convenzioni di amicizia e di commercio e stabilire così patti di buon vicinato (art. 2). Infine, in allegato con il bilancio dello Stato, sarebbero stati presentati ogni anno al Parlamento il bilancio preventivo della colonia e il resoconto consuntivo dell'esercizio antecedente (art. 4). Una amministrazione della colonia cauta e avveduta quindi, che soprattutto non avrebbe pesato sulle spese generali dello Stato, attenta a non ledere i diritti degli italiani d'Africa, ma che restava ancora nelle mani di un militare, il generale Baldassarre Orero.

Caduto il Ministero Crispi e sopravvenuto quello Di Rudinì (6 febbraio 1891) si avviò quella politica di raccoglimento che doveva far dimenticare i sogni imperiali del governo precedente. Fu sotto questi auspici che venne inviata in Eritrea una *Commissione reale di inchiesta* con il duplice incarico di indagare su gravi fatti di sangue che vedevano coinvolti i vertici del governo militare e di stendere un primo bilancio sulla colonia. Dello 'scandalo Livraghi-Cagnassi', della istituzione della commissione, del suo lavoro in Eritrea si è molto scritto ⁽¹⁰⁸⁾ e non è questo il luogo per raccontare analitica-

⁽¹⁰⁸⁾ Per la vicenda dei crimini di Massaua vedi, fra i tanti, A. DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale*, I. *Dall'Unità alla marcia su Roma*, Milano, Mondadori, 1992, pp. 435 ss. Invece, per la commissione reale di inchiesta, cfr. da ultimo, I. ROSONI, *Il*

mente i fatti che ne solleccitarono l'istituzione. Sarà utile ricordare soltanto che la relazione presentata al Parlamento, nel concludere l'analisi sulla amministrazione coloniale, proponeva che a capo della colonia venisse posto un governatore civile: « Chiuso ormai il periodo dell'espansione militare — si legge — in virtù della prevalente importanza che stanno per prendere tutte le questioni attinenti allo svolgimento della prosperità della colonia, è evidente che essa debba essere retta da un governo essenzialmente civile nella sua base, nel suo spirito generale, nella sua suprema direzione » (109). La commissione non si limitò a suggerire la istituzione di un governo civile, volle anche fissarne le attribuzioni, indicando dettagliatamente e l'ordinamento amministrativo e le norme generali cui il governatore doveva attenersi. Vennero suggeriti gli organici dei diversi uffici ed il loro modo di funzionamento, le economie da introdurre ed i proventi da ottenere, con l'aumento auspicabile delle entrate per mezzo di tributi ed il metodo della loro riscossione. Presentò un progetto di riforma per l'amministrazione della giustizia, la composizione dei tribunali, l'applicazione delle leggi, raccomandò la tutela delle gaurentigie liberali delle persone e l'assoluta indipendenza della magistratura; espose il piano complessivo dell'ordinamento militare per la colonia. L'accurato lavoro della commissione sarà inutile: le numerose proposte di natura istituzionale e politica relative alla nuova amministrazione civile furono accantonate perché sembrarono troppo audaci sia al governo locale sia a quello della madrepatria.

Il governo della colonia restò nelle mani dei militari, che lo tennero fino alla sconfitta di Adua. Il generale Orero, rientrato in patria di seguito allo scandalo Livraghi-Cagnassi, fu sostituito dal generale Antonio Gandolfi, che abbandonerà la colonia agli inizi del '92, a causa degli insanabili contrasti sorti in colonia con il suo vice, il colonnello Baratieri, e con Leopoldo Franchetti, consigliere coloniale per l'agricoltura e il commercio (110).

governatore Ferdinando Martini, in « Giornale di Storia costituzionale », n. 9, I semestre 2005, in corso di stampa.

(109) Cfr. G. BORGHINI ed altri, *Relazione generale della regia commissione d'inchiesta sulla colonia Eritrea*, Roma, Tip. Delle Mantellate, 1891, pp. 93 ss.

(110) Al ritorno in patria Gandolfi pubblicherà le sue memorie non scevre di attacchi polemici alle scelte di politica coloniale del governo centrale: A. GANDOLFI, *La nostra politica africana. Timori e speranze di un ex funzionario eritreo*, Imola, Tip.

11. *Il quadriennio del governatore Baratieri.*

Il nuovo governatore, colonnello Baratieri, approfittò dell'inasprimento del clima politico italiano (il 15 maggio era caduto il ministero Di Rudinì e Giolitti aveva formato il nuovo gabinetto con Brin agli Esteri) e della abolizione del consiglio di governo, l'organo consultivo che avrebbe dovuto affiancarlo nella amministrazione della colonia e mitigare il potere militare, per instaurare una autentica dittatura e accentrare sotto di sé la direzione di tutti gli affari della colonia.

Nei quattro anni che vanno dal febbraio 1892 al febbraio 1896, il 'governatore civile' trasformò la colonia in un suo feudo personale. Con il R.D. 10 marzo 1892 n. 87 ⁽¹¹¹⁾, ottenne di poter assumere il comando delle operazioni militari in caso di bisogno (che invocherà in maniera sistematica e non soltanto nei casi di emergenza) ⁽¹¹²⁾, successivamente il R.D. 8 dicembre 1892, n. 702 ⁽¹¹³⁾, soppresse il Comando di marina a Massaua e istituì al suo posto una stazione navale, posta alle dipendenze del governatore ⁽¹¹⁴⁾. Infine, il R.D. 8

D'Ignazio Galeati e Figlio, 1895. Su Gandolfi vedi ora N. LABANCA, *La politica della 'Memoria'. Le carte inedite di Antonio Gandolfi, 'Governatore civile e militare della Colonia Eritrea'*, in « Ricerche storiche », XIX, 1989, n. 2.

⁽¹¹¹⁾ In MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., II, p. 454.

⁽¹¹²⁾ DEL BOCA, *Gli italiani in Africa orientale*, I. *Dall'Unità alla marcia su Roma*, cit., p. 490.

⁽¹¹³⁾ In MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., II, p. 536.

⁽¹¹⁴⁾ Tuttavia, durante il suo governo, vennero istituiti a Massaua due organi consultivi locali, importanti più per il valore di partecipazione degli abitanti della colonia alle istituzioni della città che per il ruolo effettivamente svolto: la *Camera di commercio* e la *Commissione municipale della città di Massaua*.

La *Camera di Commercio di Massaua*, istituita con R.D. 26 febb. 1893 n. 136, era composta da 9 membri, dei quali almeno 5, compreso il presidente, cittadini nazionali. Con attribuzioni, per tutta l'Eritrea, conformi a quelle stabilite dalla legge 6 luglio 1862 per le Camere di Commercio del Regno. « Nella pratica, dopo un periodo di fittizia vitalità, si mostrò assolutamente inutile, tanto che il Regio Decreto 26 febbraio 1899 che la scioglieva, era motivato dal fatto che non si era presentato nessun elettore a votare e che per dichiarazione degli stessi commercianti si aveva la certezza che indetta una nuova votazione non avrebbe dato esito migliore ». Venne definitivamente soppressa con il R.D. 1° febbraio 1900, e contemporaneamente, in seguito alle vive insistenze del Consiglio di Stato fu sostituita dal *Comitato per l'agricoltura, l'industria ed il commercio*, con sede a Massaua. Anche questo comitato verrà soppresso di lì a poco, con il R.D. 16

dicembre 1892, n. 747, provvede all'*ordinamento della pubblica sicurezza* nella colonia ⁽¹¹⁵⁾.

Intanto in Italia veniva compiuto un passo significativo per l'accentramento di tutti gli affari africani: Crispi aveva riassunto la presidenza del Consiglio e le questioni d'Oltremare tornavano ad essere una delle priorità politiche del paese. Con il R.D. 28 dicembre 1893 n. 700, tutte le materie riguardanti la colonia Eritrea e i Protettorati furono affidate ad un ufficio di nuova costituzione, l'*Ufficio Eritrea e Protettorati*, alle dirette dipendenze del ministro e del sottosegretario di Stato per gli Esteri ⁽¹¹⁶⁾.

Baratieri che pochi mesi dopo la nomina a governatore era salito di grado e diventato generale, poté curare direttamente le più

luglio 1901 n. 368, che istituì in sua vece, come corpo consultivo in materia economica, il *Consiglio di Commercio della Colonia Eritrea* (vedi *infra* nota n. 151).

La *Commissione Municipale della città di Massaua* venne istituita con R.D. 26 febbraio 1893 n.136, allo scopo di dare alla città una "forma, sia pure attenuata, di istituzioni comunali". Era composta da 9 membri scelti dal Governatore, 6 fra cittadini e 3 fra indigeni e sudditi italiani, e presieduta dal Capo ufficio degli affari interni. Aveva il carattere di un ufficio governativo, più che di una assemblea rappresentativa. « Anche la Commissione municipale, dopo un periodo di attività fittizia determinata dallo sviluppo più apparente che reale di Massaua — subito ridotta a secondaria importanza dall'esodo dell'elemento europeo ad Asmara, divenuta sede del Governo locale — condusse vita stentata cosicché il Governo venne nella determinazione di scioglierla, ponendo Massaua, con il regio decreto 2 sett. 1901, nelle stesse condizioni amministrative degli altri centri della Colonia ». Informazioni in MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., pp. 458-460.

⁽¹¹⁵⁾ In MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., II, p. 554.

⁽¹¹⁶⁾ Tuttavia tale provvedimento non raggiunse completamente l'obiettivo di unificare sotto una unica amministrazione centrale (Ministero degli Esteri) la materia coloniale, infatti ancora nel 1894 il Ministero della Marina esercita la supervisione diretta sulla Stazione Navale di Massaua. Cfr. MARINUCCI, *Gli organi centrali*, cit, p.13. Inoltre, come osserva Aquarone, « nonostante il tentativo di accentramento compiuto da Crispi, non era stata mai scalfita del tutto la tradizionale frammentazione delle competenze in materia coloniale. Non per nulla, continuava ad essere motivo ricorrente di deplorazione lo stato di costante confusione amministrativa in cui versava l'Eritrea a causa di quel suo dipendere un po' da tutti: dalla presidenza del consiglio per l'indirizzo politico generale, dal Ministero degli Esteri per le relazioni diplomatiche e per buona parte dell'amministrazione, dalla Guerra e dalla Marina per la difesa e l'ordine pubblico, dalla Grazia e giustizia per l'amministrazione giudiziaria, dalle Poste e telegrafi per i servizi postali »: AQUARONE, *Ferdinando Martini e l'amministrazione della Colonia Eritrea*, in ID., *Dopo Adua*, cit, p. 184, nota 35.

importanti questioni della colonia attraverso l'invio, direttamente al ministero, delle proposte per l'amministrazione civile, l'ordinamento giudiziario, i provvedimenti di pubblica sicurezza, la istruzione, il commercio. All'interno del ministero, l'ufficio si rese promotore del nuovo assetto civile e amministrativo dell'Eritrea.

L'*Ordinamento* della colonia venne determinato dapprima con il R.D. 18 febbraio 1894, n. 67, *che istituiva il corpo degli ufficiali e commessi coloniali*, selezionati di preferenza fra i militari già presenti in colonia, ne approvava il ruolo organico, stabiliva le norme per la loro nomina e promozione, si occupava dei procedimenti disciplinari a loro carico, approvava i quadri organici del personale per i singoli servizi ed uffici civili e quello del personale costituente il corpo delle truppe coloniali ⁽¹¹⁷⁾; poi con il R.D. 18 febbraio 1894, n. 68, *che stabiliva l'ordinamento dei servizi civili e militari nella Colonia Eritrea* ⁽¹¹⁸⁾. Questo decreto era composto di tre titoli: organizzazione dei servizi della colonia; reclutamento e obblighi di servizio e competenze del personale; norme amministrative e contabili per i vari servizi della colonia. L'ultimo punto provvedeva alla unificazione del bilancio coloniale, in esso furono trasferite tutte le spese militari e amministrative, così il Ministero degli Esteri poté assumere, di fronte al Parlamento, la responsabilità della gestione di tutte le entrate e le uscite relative ai territori africani ⁽¹¹⁹⁾.

In colonia, l'*Ufficio del governatore* sostituì il vecchio (e già

⁽¹¹⁷⁾ In MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., II, p. 860. Salvo qualche eccezione furono nominati ufficiali e commessi coloro che già lavoravano nella amministrazione della colonia, con uno stipendio parificato al livello più alto (art. 5). In questo modo i due ruoli vennero ricoperti quasi esclusivamente dai militari che già svolgevano incarichi direttivi ed esecutivi, così era peraltro previsto dall' art. 4: « le cariche [...] possono essere affidate ad ufficiali così del Regio esercito come della Regia Marina [...] » e ribadito dall' art. 5: « Gli ufficiali coloniali sono scelti normalmente fra gli ufficiali del Regio Esercito e della Regia Marina [...] ».

⁽¹¹⁸⁾ In MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., II, pp. 860 ss.; III, pp. 5 ss.

⁽¹¹⁹⁾ I due decreti costituiscono la prima definizione dello *status* giuridico del personale coloniale che fino ad allora era stato reclutato in modo casuale. Un precedente tentativo di sistemazione si era avuto con il R.D. 6 settembre 1890, n. 7126, che istituiva per la prima volta un Corpo di Ufficiali Coloniali che, « per una certa similitudine di funzioni [sia] ordinato a guisa dei corpi diplomatici e militari » in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., II, p. 140.

abrogato) *Consiglio di governo*. In luogo dei tre consiglieri civili ora l'ufficio era composto oltre che dal governatore, da un segretario particolare e da uno scrivano: un governatore militare con funzioni di governatore civile, a capo di una amministrazione civile composta perlopiù da militari, assistito da un ufficio di governo composto da personale alle sue dipendenze. L'accentramento dei poteri nelle mani di Baratieri poté in questo modo considerarsi completo ⁽¹²⁰⁾.

Dal punto di vista territoriale, l'ordinamento collocò alle dirette dipendenze del Governatore il territorio di Massaua (allora capitale) ed istituì tre divisioni regionali Asmara, Cheren, Assab, rette da tre Commissari regionali, che rappresentavano il Governatore della colonia nelle rispettive zone. I commissari regionali (anche essi militari), nominati dal governatore, esercitavano la sorveglianza su tutti i servizi di carattere civile, sovrintendevano alle funzioni amministrative periferiche con competenze in materia sanitaria, tributaria, di pubblica sicurezza, di conciliazione nei rapporti con gli indigeni e, attraverso i Residenti, sorvegliavano anche l'opera dei capi delle varie regioni o tribù poste nel loro territorio.

Il Governatore assunse la esclusiva rappresentanza, in Colonia, del Governo centrale. Diresse la politica locale, governò le popolazioni e amministrò il bilancio, fu investito di tutte le facoltà dei ministeri coinvolti nella amministrazione dell'Eritrea, avendo come unico referente del suo mandato il ministro degli Esteri ⁽¹²¹⁾.

⁽¹²⁰⁾ Scrive Labanca, commentando il quadriennio del governo Baratieri: « La prevalenza non solo numerica ma, come abbiamo visto, anche qualitativa dei militari nei confronti della già modesta amministrazione civile nella prima Eritrea ha sostanzialmente due origini concordanti, influenti in parti probabilmente eguali. Da un lato essa si spiega con la volontà di un controllo della macchina coloniale, almeno nei suoi elementi decisivi, da parte della struttura militare; dall'altro, da parte dello Stato, l'affidamento a ufficiali in divisa di incarichi anche amministrativi non solo riflette quella centralità dello strumento militare di cui si è detto, ma copre anche il desiderio della "lesina", del risparmio, sui conti coloniali. In ogni caso la quasi "occupazione" militare dell'amministrazione della prima colonia, fosse essa tollerata o incoraggiata, costituiva per i governi liberali un oggettivo rischio: essa arrivava a valle di una presenza militare notevole nell'intero processo decisionale della politica coloniale e toglieva al potere civile una qualche forma di controllo sull'operato dei militari e della colonia in generale ». LABANCA, *In marcia verso Adua*, cit., p. 137.

⁽¹²¹⁾ Nei primi anni del colonialismo italiano — nota Labanca — il contrasto fra africanisti e antiafricanisti si dislocava lungo l'asse governo/parlamento e non lungo

All'ordinamento amministrativo fece seguito il *riordinamento giudiziario* con il R.D. 22 maggio 1894, n. 201 ⁽¹²²⁾, che istituì nel distretto di Massaua e nel centro abitato di Archico, un Conciliatore, un Giudice unico, un Tribunale civile e penale, un Tribunale penale funzionante da Corte d'assise, l'ufficio del Pubblico Ministero e un Tribunale militare. Per le zone di Asmara e di Cheren, oltre alle giurisdizioni locali indigene dei notabili, dei capi tribù e dei capi villaggio, la giustizia veniva amministrata, in ordine di competenza, dai Residenti nelle vesti di Conciliatori, dai Tribunali di arbitrato ⁽¹²³⁾ (per le cause che nel distretto di Massaua erano di competenza del Giudice unico e del Tribunale civile e penale), dai Tribunali militari (per le cause che nel distretto di Massaua erano di competenza della Corte di Assise). Nel centro abitato di Assab la giustizia era amministrata dal commissario, per le cause di competenza del Conciliatore e del Giudice unico, e dalle autorità giudiziarie di Massaua (Tribunale civile e penale e Corte di Assise). Nel territorio di Assab invece per le cause civili, penali e commerciali di lieve entità erano competenti le giurisdizioni indigene, per quelle più

quello Destra/Sinistra. « Il problema stava tra esecutivo e legislativo. Nell'Italia umbertina e "liberale", in politica coloniale come in quella estera o militare il primo veniva ad avere supremazia assoluta sul secondo. Il controllo parlamentare sull'esecutivo era anzi in questo caso minore perché, a differenza che nella politica estera o in quella militare, non c'erano nemmeno istituzioni o "corpi" (come quello diplomatico degli ambasciatori, o come il Corpo ufficiali con un proprio Stato maggiore generale) che, per quanto "separati" potevano fungere da contrappeso alle decisioni di un ministro o del suo staff. Nella politica coloniale [...] veniva a contare più un governatore coloniale o un Ufficio coloniale del Ministero degli Esteri o della Guerra, che l'intero Parlamento ». LABANCA, *In marcia verso Adua*, cit., p. 70, p. 490.

⁽¹²²⁾ Vedi MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., III, p. 174.

⁽¹²³⁾ I *Tribunali di arbitrato* di Cheren e di Asmara erano stati istituiti con il R.D. 4 novembre 1891 n. 627 dal governatore Gandolfi, presso i rispettivi presidi militari. Erano composti dal comandante del presidio, dal capitano addetto al comando, dall'ufficiale dei carabinieri, assistiti da una commissione composta da notabili locali, per dare, all'occorrenza, indicazioni e chiarimenti intorno al diritto tradizionale, alle consuetudini, alle leggi religiose, alla modalità di applicazione delle pene. La commissione aveva voto puramente consultivo. I tribunali erano competenti a giudicare intorno a questioni civili e criminali di poca entità tra gli indigeni locali e tra gli indigeni e gli europei. Vi era applicato il diritto indigeno, mitigato « dalle idee e istituzioni civili ». Notizie in MELLANA, *L'amministrazione della giustizia in Eritrea e in Somalia (1869-1936)*, cit., pp. 55 ss.

rilevanti le autorità giudiziarie di Massaua ⁽¹²⁴⁾. Veniva così completato compiutamente l'edificio autocratico già per molti versi delineato dai precedenti provvedimenti, e che farà « dell'Eritrea quasi uno Stato a sé, una specie di feudo del governatore » ⁽¹²⁵⁾.

L'opera di riforma di Baratieri investì molti campi. Le sue disposizioni spaziavano dalle pratiche religiose al fisco, dalla promozione della lingua italiana, all'indemania delle migliori terre dell'altopiano. La miopia politica che caratterizzò la sua politica indigena sembra oggi tanto più colpevole perché non si fondò su una grossolana ignoranza delle genti e dei luoghi da lui amministrati. Baratieri infatti fu, per l'Italia liberale del tempo, uno studioso dell'Africa relativamente competente ⁽¹²⁶⁾. Eppure gli anni del suo

⁽¹²⁴⁾ Notizie in A. BRUNIALTI, *Colonia Eritrea* (voce), in *Digesto Italiano*, vol. VII, p. 2, 1897-1902, pp. 669 ss. e in MELLANA, *L'amministrazione della giustizia in Eritrea e in Somalia (1869-1936)*, cit., pp. 86 ss.

⁽¹²⁵⁾ Così ANONIMO (ma E. CAGNASSI), *I nostri errori: tredici anni in Eritrea: note storiche e considerazioni*, Torino, tip. Casanova, p. 161. Cagnassi descrive coloritamente il clima di quei quattro anni: « Dei sentimenti predominanti nell'animo del Baratieri si ebbe un primo indizio quando egli volle che alla carica di governatore fosse annesso il titolo di "Eccellenza" o di "Grande ufficiale dello Stato". La cosa in se stessa non ha importanza; poiché, a dire il vero, non si tratta che di titoli, i quali nulla mutano alla sostanza [...] ». Ma la brama dell'apparenza e la ambizione personale si manifestarono anche in dettagli che, come nota Cagnassi « sarebbero fors'anche puerile il notare, se non servissero a constatazione di debolezze umane, che ebbero poi gravissime conseguenze. Fu ordinato per mezzo del banditore pubblico a tutti gli indigeni di alzarsi in piedi quando il governatore passava per Massaua, cosa che prima già si praticava spontaneamente e senza che occorressero ordini e che dopo questi acquistò carattere di odiosa soggezione; fu eretto un arco di trionfo per ricevere il vincitore di Cassala a spese, come si disse, dei cittadini, ma in realtà per la massima parte coi denari pubblici che erano perciò distolti da altri usi; ad ogni arrivo o partenza del governatore si diramavano avvisi per ordinare a tutti gli impiegati di recarsi ad augurare il buon viaggio o dare il benvenuto a Sua Eccellenza, secondo il mal vezzo di molti Segretari o sotto-Segretari di Stato italiani; al giungere del Comandante capo sull'altopiano od al partirsene si facevano le salve coi cannoni, si convocavano le popolazioni a fare *fantasia* allietata dal concorso strillante delle etère etiopiche; durante i viaggi egli aveva scorta di numeroso Stato maggiore, seguito dalla banda irregolare del Comando con relativa bandiera; nulla in una parola si ometteva per circondare con la massima solennità ogni atto del Governatore » (pp. 163-165).

⁽¹²⁶⁾ I suoi scritti geografico-politici venivano pubblicati sul *Bollettino della Società geografica italiana*, sulla *Nuova Antologia*, su riviste militari. A questo proposito vedi il breve saggio di N. LABANCA, *Pregiudizi geografico-razziali negli scritti inediti di*

governatorato furono quelli della presa di Cassala ⁽¹²⁷⁾, dei saccheggi e delle violenze sulla popolazione civile, degli espropri delle terre, della riforma del sistema tributario, della imposizione alle popolazioni indigene di un tributo annuo, della piena attività dei Tribunali d'arbitrato nei presidi militari di Cheren e di Asmara e, finalmente, della disfatta di Adua. Stupisce allora che le scelte più discutibili in tema di amministrazione coloniale siano venute da chi quelle realtà aveva conosciuto e studiato.

Quando poi, nel 1895, gli interessi italiani in Africa si accrebbero grazie alla istituzione di un protettorato sulla costa somala e a nord di Giuba, alla sempre crescente rilevanza degli interessi commerciali e quindi politici nel Corno d'Africa, e alla conseguente necessità di un centro di studio e di discussione delle questioni politiche, l'*Ufficio Eritrea e Protettorati* diventò *Ufficio Affari Coloniali* e conquistò una maggiore autonomia. Si distaccò dal gabinetto del ministro e assunse, all'interno del Ministero degli Esteri, il rango di una *divisione* (R.D. 5 maggio 1895). A suo capo fu posto un africanista convinto, Primo Levi, con la carica di *direttore capo divisione di seconda classe* ⁽¹²⁸⁾.

Nella sua competenza rientrarono materie di carattere eminentemente politico: i possedimenti, i protettorati, le sfere d'influenza, la determinazione dei confini, i trattati e le convenzioni con le potenze europee, le notificazioni di atti internazionali, i trattati e le relazioni con i capi indigeni, l'applicazione delle misure sancite dall'Atto generale di Bruxelles per la repressione della tratta degli schiavi, del commercio delle armi e delle bevande alcoliche. Poi tutte le materie di carattere amministrativo relative alla gestione della Colonia Eritrea: il personale coloniale, la contabilità, la preparazione

Oreste Baratieri, in C. CERRETI (a cura di), *Colonie Africane e cultura italiana fra Ottocento e Novecento. Le esplorazioni e la geografia*, Roma, Cisu, 1995, pp. 189-197.

⁽¹²⁷⁾ Vedi la *relazione di S.E. il Governatore dell'Eritrea maggior generale O. Baratieri a S. E. il Ministro della guerra sulla presa di Cassala*, datata 31 luglio 1894, e poi pubblicata in O. BARATIERI, *Cassala. Relazione e documenti*, Roma, Voghera Tip. delle LL.MM. il Re e la Regina, Roma, 1894.

⁽¹²⁸⁾ Vedi E. SERRA, *L'Eritrea, Crispi e l'Ufficio Coloniale del Ministero degli Esteri*, in « Affari sociali internazionali », 1978, pp. 709-716; M. CACIOLI, *Un profilo: Primo Levi*, in Istituto per la scienza dell'Amministrazione Pubblica, *L'amministrazione nella storia moderna*, Milano, Giuffrè, 1985, II, pp. 2064-2067.

dei decreti e delle leggi relative all'ordinamento della colonia, la amministrazione dei protettorati. Infine il nuovo ufficio si fece carico anche del settore 'tecnico' che consisteva nella pubblicazione dei documenti diplomatici relativi alle questioni africane: ad esempio dei trattati, dei negoziati, degli esiti delle ricerche geografiche, della promozione di studi e indagini sulle politiche coloniali degli altri Stati (129).

12. *Dopo Adua: la nuova politica coloniale.*

Quando, all'indomani della sconfitta di Adua, il re si risolse a sacrificare la testa del primo ministro per salvare le sorti della Corona (130), venne abbandonata la politica di forte espansione coloniale perseguita da Crispi. Il suo incarico venne affidato a Di Rudinì che il 17 marzo presentò alla camera un programma che prevedeva una politica di 'raccolgimento', di economia e di pacificazione sociale (131). Fu un programma di compromesso, soprattutto sul versante coloniale: a fronte dell'abbandono delle mire espansionistiche e del riconoscimento della autonomia dell'Etiopia, il primo ministro chiese all'Erario la somma di 140 milioni per provvedere alle spese del riarmo per la continuazione della guerra. In Eritrea la carica di Governatore civile venne affidata, seppure per poco tempo, ancora una volta a un militare, il generale Baldissera, mentre Barattieri, che aveva assunto la direzione delle operazioni militari della

(129) Cfr. MARINUCCI, *Gli organi centrali*, cit., p. 14.

(130) Cfr. U. LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi di fine secolo in Italia, 1896-1900*, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 8 ss.

(131) « [...] ma di questo innanzi alla Camera io mi porto garante: che non ci accingeremo mai a fare una politica di espansione; anzi, per uscire dalle formule indeterminate, io affermo che la nuova amministrazione, quale che sia la fortuna delle nostre armi, quale che sia la posizione politico-militare che sarà la conseguenza della presente campagna di guerra, non aspira sicuramente a conquistare il Tigrè. Se anche il Negus ci offrisse il Tigrè, noi lo respingeremmo come un dono esiziale ai nostri interessi; poiché coloro i quali immaginano di trovare nel Tigrè il dominio, la gloria e le ricchezze non sanno davvero cosa sia l'Etiopia [...]. E se gli eventi ci conducessero a stipulare un trattato di pace, noi non vorremmo assolutamente iscrivervi come condizione il nostro protettorato sull'Abissinia [...] », in ROSSETTI, *Storia diplomatica dell'Etiopia*, cit., p. 186.

guerra contro Menelik e si era reso responsabile della sconfitta di Adua, venne posto sotto inchiesta ⁽¹³²⁾.

Fu in quella occasione che venne ripreso in esame il rapporto presentato dalla Commissione d'inchiesta nel 1891, e poi accantonato. Sembrò finalmente maturo il programma che prevedeva la smilitarizzazione della colonia e la istituzione di un governatore civile che esercitasse pieni poteri sulla autorità militare. Quando il Ministero Di Rudinì avviò la sua ricerca di un governatore civile da sostituire al generale Baldissera, fu evidente a tutti che la nomina avrebbe avuto carattere indicativo circa il futuro indirizzo della politica governativa in Eritrea. La scelta cadde sull'onorevole Ferdinando Martini che aveva dalla sua l'appoggio del re, rappresentava il legame politico fra il presidente del Consiglio Di Rudinì e il presidente della Camera Zanardelli, era infine sostenuto anche dal ministro degli Esteri Visconti Venosta ⁽¹³³⁾.

Quando Martini partì per l'Eritrea portò con sé una lettera di istruzioni che indicava gli intendimenti governativi circa il programma di conduzione della colonia. La lettera, firmata da Di Rudinì, Visconti Venosta e Pelloux, rispettivamente presidente del Consiglio, ministro degli Affari Esteri e ministro della Guerra, forniva delle « direzioni d'ordine generale » cui il governatore avrebbe dovuto attenersi, che potevano essere applicate con un ampio margine di discrezionalità. Fra queste la nuova gestione amministrativa della colonia che prevedeva l'occupazione militare

⁽¹³²⁾ Il generale Baratieri tentò di giustificare la pessima conduzione della battaglia addossando la colpa allo scarso spirito combattivo dei suoi uomini e agli scarsi mezzi militari concessigli dal Ministero della Guerra; argomenti che non lo sottrassero al processo che si svolse, qualche mese dopo la battaglia, al Tribunale di Guerra dell'Asmara. Baratieri venne assolto (14 giugno 1896) tuttavia il tribunale deplorò la condotta del generale valutandola « molto al di sotto delle esigenze della situazione ». Gli atti del processo contro il generale Baratieri sono riportati in BIZZONI, *L'Eritrea nel passato e nel presente*, cit., alle pp. 517-543, mentre la sua celebre autodifesa: O. BARATIERI, *Auto-difesa del Generale Baratieri dinanzi al tribunale Speciale dell'Asmara*, Roma, Casa ed. Italiana, 1896, è pubblicata in N. D'AMATO, *Da Adua ad Addis Abeba, Ricordi di un prigioniero*, Salerno, A.Volpe, 1898.

⁽¹³³⁾ Sui quasi dieci anni di governatorato di Ferdinando Martini vedi i lavori di AQUARONE, *Ferdinando Martini governatore in Eritrea*, e *Ferdinando Martini e l'amministrazione della Colonia Eritrea*, entrambi pubblicati in ID., *Dopo Adua*, cit., ed ora il recente lavoro di ROSONI, *Il governatore Ferdinando Martini*, cit.

ridotta alla sola zona di Massaua, le zone interne governate non dai funzionari italiani, ma dai capi indigeni, scelti e sostenuti, anche finanziariamente, dal governo coloniale. Tale soluzione, ispirata alle scelte di politica coloniale inglese, al governo italiano era sembrata, fin dall'inizio, il modello amministrativo meno traumatico per la gestione dei difficili territori dell'altopiano. La lettera di istruzioni recitava così: « Concetto fondamentale del nuovo assetto della Colonia è che l'altipiano possa governarsi, non più mercé la gestione diretta dei nostri funzionari, ma coll'opera di capi indigeni. Il governo mediante capi locali è quello, come l'esperienza dimostra, che meglio conviene all'indole di quelle popolazioni. L'Abissinia intiera, pur riconoscendo l'alta sovranità del Negus, si governa, nel fatto, per mezzo di capi e sottocapi, che nelle loro mani riuniscono tutti i poteri. Non si vede ragione per cui, quando la pace sia pienamente assicurata nel nostro dominio, non possa darsi al governo dell'altipiano eritreo la fisionomia stessa che esso ha nell'intera Etiopia ». E continuava con una esortazione al governatore: « A ciò deve la Eccellenza Vostra tosto rivolgere lo studio suo. Se la conclusione è, in massima, favorevole, come non ho motivo di dubitarne, sarà da procedersi alla scelta dei capi, ai quali noi siamo disposti, nel limite del ragionevole e delle indispensabili cautele, a concedere loro ogni occorrente agevolezza, anche con somministrazione di armi, munizioni e denaro »⁽¹³⁴⁾.

Il primo impegno di governo di Ferdinando Martini fu la creazione di un solido canale di comunicazione fra la nuova amministrazione civile e il governo centrale. Come abbiamo avuto modo di vedere la riforma istituzionale di Crispi del 1893, aveva accentrato le competenze di tutti gli affari africani nell'*Ufficio Eritrea e Protettorati*, poi diventato *Ufficio Affari Coloniali* nel 1895, alle dirette dipendenze del ministro e del sottosegretario di Stato per gli Esteri, tuttavia non era mai stata scalfita del tutto la tradizionale frammentazione delle competenze in materia coloniale. La Colonia Eritrea continuava a dipendere, oltre che dal Ministero degli Esteri per le relazioni diplomatiche e l'amministrazione civile, dalla presidenza del consiglio per l'indirizzo politico generale, dalla Guerra e dalla Marina per le questioni militari, per l'ordine pubblico e per le

⁽¹³⁴⁾ Cfr. Acs, *Carte Ferdinando Martini*, b. 18, fasc. 65.

materie della navigazione, dal Ministero di Grazia e Giustizia per l'amministrazione giudiziaria, da quello delle Poste e dei Telegrafi per i servizi postali.

La sconfitta di Adua aveva provocato un piccolo terremoto anche nell'*Ufficio Affari Coloniali* che, nel marzo 1896 (R.D. 15 marzo 1896, n. 73) vide ridimensionata la sua autonomia di *divisione* e fu ridotto a una semplice *sezione* della *Divisione I Affari Politici* (sempre del Ministero degli Esteri); la perdita del prestigio fu tale che non si provvide neppure ad assegnargli un capo. In più, in ragione dell'aggravarsi della situazione politico-militare, le competenze di carattere militare furono sottratte al Ministero degli Esteri e trasferite ad un apposito *Ufficio Africa* presso lo Stato Maggiore del Ministero della Guerra. Tuttavia l'*Ufficio Affari Coloniali*, seppur ridotto a sezione, non cessò di operare e le competenze ed esperienze maturate negli anni precedenti poterono essere messe a frutto nella trattative che intraprese per la restituzione dei prigionieri di Adua e nella stesura del trattato di pace con Menelik (26 ottobre 1896).

Martini, consapevole delle difficoltà che questo scollamento amministrativo e burocratico avrebbe comportato, ancor prima di partire per Massaua aveva esercitato pressioni presso Visconti Venosta per ottenere che fosse rimesso in funzione l'ufficio, con la sua collocazione presso il Ministero degli Esteri, in modo di assicurarsi un collegamento diretto ed esclusivo con la burocrazia della madrepatria ed evitare, nel disbrigo delle pratiche, le lungaggini ministeriali romane. Nel progetto di Martini, l'unicità del riferimento romano sarebbe stata anche il simbolo e lo strumento della dipendenza diretta del Governatore dal ministro degli Esteri, e avrebbe significato, nei fatti, una maggiore autonomia lasciata all'azione del Governatore ⁽¹³⁵⁾. La sua richiesta venne accolta solo in parte: nel 1898 a capo dell'ufficio venne posto Giacomo Agnesa ⁽¹³⁶⁾, un funzionario di suo gradimento, con una vasta esperienza di cose

⁽¹³⁵⁾ AQUARONE, *Ferdinando Martini e l'amministrazione della Colonia Eritrea*, in ID., *Dopo Adua*, cit., pp. 185 ss.

⁽¹³⁶⁾ Ivi, pp. 187 e ss.; una biografia di Giacomo Agnesa in MARINUCCI, *Gli organi centrali*, cit., pp. 33-35, e in M.A. MULAS, *Un funzionario del Ministero degli esteri nello Stato liberale: Giacomo Agnesa (1860-1919)* in AA.VV., *Fonti e problemi della politica coloniale italiana*, cit., II, pp. 914-943.

africane. Con la nomina di Agnesa, Martini ottenne quell'unico interlocutore cui tanto aspirava, il tramite attraverso il quale si sarebbero svolti i rapporti fra centro e periferia ⁽¹³⁷⁾.

Gli anni che vanno dal 1898 al 1908 (che coincidono grosso modo con il governatorato Martini), videro un radicale mutamento di indirizzo politico della nuova amministrazione civile eritrea e il miglioramento dei rapporti con la metropoli. L'*Ufficio Affari Coloniali* fu uno dei protagonisti principali del nuovo corso. Affinò le competenze relative alla realtà dell'oltremare, attraverso una attenta ridefinizione delle strutture politico-amministrative e al riesame della politica indigena. La centralità del suo ruolo sarà evidente nel ritorno a un bilancio unico per l'Eritrea, avvenuto con l'esercizio 1898-99, che garantì al Ministero degli Esteri un maggior controllo sulle spese. Ma soprattutto l'ufficio svolse un'opera fondamentale nel lungo processo di trasformazione degli ordinamenti della Colonia e di completamento della sua organizzazione politico-amministrativa.

La ridefinizione dei rapporti di potere tra la autorità militare e quella civile fu una prima occasione di verifica per la nuova amministrazione. Le relazioni fra autorità civile e militare, soprattutto nei primi mesi del governatorato Martini, si rivelarono difficili: la colonia era stata fino ad allora amministrata, anche finanziariamente, dai militari, che avevano esercitato un potere largamente discrezionale. Ora la nuova amministrazione civile doveva ridurre gli effettivi, le spese, e soprattutto assumere il controllo della autorità militare. Le numerose schermaglie fra autorità civile e militari, documentate puntigliosamente dal governatore nel suo *Diario eritreo* ⁽¹³⁸⁾, danno conto dei tentativi operati dai militari per riconquistare il potere

⁽¹³⁷⁾ Per ottenere la piena autonomia dell'Ufficio coloniale bisognerà aspettare ancora due anni quando nell'aprile del 1900, sicuramente anche come riconoscimento della attività svolta e delle competenze dimostrate, venne legislativamente consacrata la piena autonomia dell'Ufficio Coloniale che, distaccato dalla Direzione Affari politici, fu collocato alle dirette dipendenze del ministro degli Esteri. Cfr. MARINUCCI, *Gli organi centrali*, cit., pp. 18 ss.

⁽¹³⁸⁾ F. MARTINI, *Il Diario eritreo*, 4 voll., Vallecchi, Firenze, 1942-43, vedi vol. I, alle pp. 24, 35, 37, 42, 54, 417, 250. Sul tema rimandiamo a ROSONI, *Il governatore Ferdinando Martini*, cit.

perduto, attraverso la enfattizzazione dei rischi di una guerra con Menelik e del problema della sicurezza dei confini.

In attesa di una legge che avrebbe regolato il nuovo ordinamento giudiziario, Martini provvide a delineare, con una serie di decreti, il nuovo progetto amministrativo dell'Eritrea. I suoi primi provvedimenti minarono alle fondamenta la struttura amministrativa e giudiziaria organizzata da Baratieri. Sopprese i comandi di zona retti dai militari, che esercitavano poteri anche nel campo dell'amministrazione civile. Suddivise l'intero territorio della colonia non più in zone di carattere militare ma in regioni rette da commissari civili: 4 Commissariati regionali (Massaua, Cheren, Asmara e As-sab) ⁽¹³⁹⁾ e 3 Residenze (Acchelé Guzai, Mareb e Mogareb) ⁽¹⁴⁰⁾. Mentre i commissariati erano affidati ad un amministratore civile, le residenze erano località lontane o di confine, con relative funzioni particolari di controllo della frontiera, questa loro condizione giustificò spesso una direzione di carattere militare. Commissariati e residenze avevano a capo rispettivamente un Commissario regionale e un Residente. Questi svolgevano, oltre alle funzioni istituzionali, amministrative ed esecutive, e alle funzioni di controllo delle bande degli indigeni, anche quelle giudiziarie vere e proprie ⁽¹⁴¹⁾. Ad Asmara e a Cheren sopprese i Tribunali militari e i Tribunali di arbitrato e istituì al loro posto due Giudici regionali che avrebbero amministrato la giustizia in luogo e in vece di quei tribunali, con le competenze a quelli prima assegnate ⁽¹⁴²⁾. I Giudici regionali, di

⁽¹³⁹⁾ D.G. 29 giugno 1898 n. 444, in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., IV, p. 66.

⁽¹⁴⁰⁾ D.G. 29 giugno 1898 n. 446, in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., IV, p. 76

⁽¹⁴¹⁾ I Commissari regionali e i Residenti esercitavano le funzioni: a) di Giudici conciliatori tra gli europei e tra europei e indigeni. b) di Giudici di seconda istanza per tutte le cause civili tra indigeni, già decise in prima istanza dai capi del paese e dai giudici indigeni. c) di Giudici inappellabili per tutte le controversie di lieve entità in materia amministrativa e penale. Erano infine tenuti a istruire tutte le cause riguardanti le questioni di confine, di proprietà, di pascolo, che nascevano tra paese e paese e tra famiglia e famiglia nella regioni da essi amministrare. Le cause sarebbero state giudicate dai tribunali regionali. Cfr. MELLANA, *L'amministrazione della giustizia in Eritrea e in Somalia (1869-1936)*, cit., pp. 103-4.

⁽¹⁴²⁾ D.G. 10 maggio 1898 n. 436; R.D. 2 aprile 1899 n. 134; in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., IV, pp. 63 e 350.

nomina regia, scelti tra i magistrati del regno, nei giudizi riguardanti gli indigeni erano assistiti da Capi e notabili indigeni che avevano voto consultivo. Infine trasferì da Massaua ad Asmara la sede del Tribunale militare ⁽¹⁴³⁾. Ma bisognerà aspettare ancora due anni, perché il nuovo ordinamento organico per la colonia, definisca inequivocabilmente le gerarchie coloniali, e apra la strada al nuovo corso eritreo.

13. *L'Ordinamento organico della Colonia Eritrea dell'11 febbraio 1900.*

La nuova legge (R.D. 11 febbraio 1900, n. 48) ⁽¹⁴⁴⁾, in un certo senso segnò l'anno zero della colonia. Un primo segno del nuovo corso fu il trasferimento della capitale nella più salubre Asmara, che da luogo di sosta per le carovane in viaggio verso il Mar Rosso, si avviò a diventare il centro amministrativo ed economico del paese. Il nuovo ordinamento sancì, definitivamente, la separazione tra potere civile e militare e la completa subordinazione del secondo al primo. L'art. 1 infatti poneva la Colonia Eritrea sotto la autorità di un Governatore civile (nominato con decreto reale, su proposta del ministro degli Esteri, sentito il parere del Consiglio dei ministri), che dipendeva « immediatamente ed esclusivamente » dal ministro degli Affari Esteri. Il Governatore dirigeva la politica della colonia, ne governava le popolazioni, ne amministrava il bilancio. Le amministrazioni civili e l'amministrazione militare della colonia operavano sotto la sua direzione e responsabilità. Per ragioni di ordine pubblico o di sicurezza poteva decretare lo stato di assedio e istituire tribunali speciali ⁽¹⁴⁵⁾. Allo scopo di evitare ogni possibile sorpresa la legge precisava che tutta la corrispondenza ufficiale in entrata e in uscita dalla colonia sarebbe dovuta passare sotto gli occhi e per le mani del Governatore. Non solo, qualsiasi autorità della colonia avrebbe potuto corrispondere con l'Italia solo attraverso o con la sua

⁽¹⁴³⁾ D.G. maggio 1899 n. 510, in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., IV, p. 363.

⁽¹⁴⁴⁾ In MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., IV, pp. 571 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ Art. 2.

autorizzazione ⁽¹⁴⁶⁾. Su di lui sarebbe gravata tutta la responsabilità politica e finanziaria della colonia, anche in materia di dislocazione delle truppe in tempo di pace e di spesa per le stesse. Il bilancio annuale della colonia, affidato al Governatore, sarebbe stato trasmesso al ministro degli Esteri e sottoposto all'approvazione del Parlamento (art. 18).

Dal punto di vista della amministrazione del territorio la nuova legge confermò la divisione dell'Eritrea in regioni e residenze rette da Commissari civili e da Residenti, la giurisdizione e la competenza su entrambi restarono di spettanza del Governatore ⁽¹⁴⁷⁾.

La politica coloniale del nuovo corso eritreo richiedeva anche idonei strumenti e una nuova sistemazione del personale militare e civile della colonia. Fin dall'inizio aveva prestato servizio, prima nella amministrazione dei Possedimenti d'Africa e poi nella Colonia Eritrea, un personale reclutato in modo accidentale. I funzionari e gli impiegati italiani della amministrazione coloniale diventavano tali per passione o per caso. Una normalizzazione del personale si impose solo più tardi, sicuramente dopo la creazione del Ministero delle Colonie (1912), quando l'oltremare italiano comprendeva, oltre all'Eritrea, anche la Somalia e la Libia ⁽¹⁴⁸⁾. Tuttavia, nota Labanca ⁽¹⁴⁹⁾, una vera selezione non si impose mai e il personale italiano in Eritrea, come peraltro nelle altre colonie, continuò ad essere selezionato con criteri casuali: in colonia arrivava di tutto, dagli appassionati africanisti, agli avventurieri, agli impiegati desiderosi di percepire una alta indennità, ma mai un personale quali-

⁽¹⁴⁶⁾ Art. 16: « Il Governatore, corrisponde direttamente col Ministero degli affari esteri, per mezzo del quale trasmette e riceve la corrispondenza con le altre amministrazioni dello Stato. Il comandante delle truppe trasmette e riceve per mezzo del Governatore e del Ministero degli affari esteri la sua corrispondenza col Ministero della guerra. Così il Ministero della guerra come il Comandante delle truppe trasmettono le carte in piego chiuso all'indirizzo personale del Governatore, il quale, a sua volta, provvede alla trasmissione nella stessa forma. Nessuna autorità della Colonia è autorizzata a corrispondere con amministrazioni dello Stato, con rappresentanti dell'Italia all'estero o con qualsiasi altra amministrazione, ditta, o persona, se non per mezzo o con la autorizzazione del Governatore ».

⁽¹⁴⁷⁾ Art. 19.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. G. MELIS, *I funzionari coloniali (1912-1924)*, in *Fonti e problemi della politica coloniale italiana*, I, cit., pp. 413 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ LABANCA, *Oltremare*, cit., pp. 362 ss.

ficato e specializzato, selezionato da concorsi pubblici, come invece nelle colonie inglesi e francesi ⁽¹⁵⁰⁾. A partire dal possedimento di Assab, accanto a funzionari e impiegati inviati direttamente dall'Italia, furono reclutati ex militari, italiani residenti nei luoghi, indigeni, selezionati secondo modalità diverse da quelle comunemente vigenti in Italia per il pubblico impiego.

Nonostante il parere sfavorevole del Consiglio di Stato che aveva espresso, fin dal 1894, riserve sulla opportunità di istituire un distinto corpo di funzionari coloniali, sottratto alla comune normativa prevista per i funzionari dello Stato, l'ordinamento del 1900 istituì un corpo di impiegati civili, « scelti tra le persone che abbiano le necessarie attitudini fisiche e intellettuali », addetti stabilmente alla colonia, e formante un ruolo speciale (art. 25). L'ordinamento prevedeva, a fronte di una sensibile diminuzione degli organici militari (il loro numero non poteva superare i 196 ufficiali e 1.136 uomini di truppa bianchi e i 57 ufficiali e 5.437 soldati di truppa indigeni), un incremento del ruolo organico del corpo coloniale civile (30 ufficiali e 60 commessi coloniali, contro i 20 e 35 dell'ordinamento del 1894).

Infine, a completamento del grande disegno di ridefinizione delle istituzioni partecipative coloniali, Martini, nel luglio del 1901, caldeggiò l'istituzione del Consiglio di Commercio, con funzione consultiva su tutte le questioni attinenti al commercio e allo sviluppo della colonia ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. le procedure di selezione del personale coloniale francese, illustrate da E. BOUTMY, *Le recrutement des administrateurs coloniaux*, Paris, Armand Colin et C. éd., 1895.

⁽¹⁵¹⁾ *Consiglio di Commercio* istituito con R.D.16 luglio 1901 n. 368 (in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., IV, p. 758), sostituisce il Comitato per l'agricoltura e il commercio. Aveva sede ad Asmara, era composto dal Governatore che lo presiedeva, dai funzionari capi della Direzione degli affari civili e di quelli della finanza e della contabilità, da 5 notabili italiani nominati dal governatore. Il Consiglio poteva essere interrogato (art. 3) dal Governatore, in forma consultiva, su tutte le questioni attinenti il commercio dell'Eritrea e su quanto si riferiva al « progresso e allo sviluppo economico della colonia ». Il Governo della Colonia comunicava al Consiglio le informazioni e sottoponeva al suo parere le questioni relative alla economia coloniale. I consiglieri avevano facoltà (art. 4) di formulare proposte su argomenti attinenti al commercio, proposte che il Governatore poteva sottoporre alla discussione del Consiglio. Il presidente poteva (art. 6), di sua iniziativa o su richiesta del consiglio, fare intervenire

14. *L'Ordinamento organico della Colonia Eritrea del 30 marzo 1902.*

Il nuovo ordinamento (R.D. del 30 marzo n. 168) ⁽¹⁵²⁾, che seguiva di soli due anni il precedente, rispondeva alla necessità di modificare le precedenti disposizioni relative agli organici militari e civili allo scopo di ridurre ulteriormente le spese relative al personale, affinché il contributo annuo erogato dallo Stato potesse far fronte alle spese necessarie per altri rami della amministrazione coloniale. Dopo lunghe e laboriose trattative con il Ministero della Guerra, Martini ottenne una sensibile diminuzione degli organici militari: gli ufficiali italiani scesero a 135 unità, i soldati di truppa italiana a 671, i militari di truppa indigena, complessivamente, non poterono superare le 4.102 unità.

Per l'amministrazione civile l'ordinamento ripartì il personale in tre categorie, corrispondenti ai gruppi A, B, C, dei dipendenti dell'amministrazione dello Stato. La prima categoria comprendeva 25 ufficiali coloniali, ripartiti in 5 classi e scelti dal governatore fra i funzionari dello Stato, gli ufficiali dell'Esercito o della Marina con almeno un anno di servizio in colonia, i cittadini con spiccata attitudine e competenza per i servizi coloniali selezionati fra i cittadini in possesso di un diploma di laurea. Della seconda categoria facevano parte 15 ufficiali coloniali, suddivisi in 5 classi, scelti fra i commessi giudicati, per merito o per titoli, idonei alla promozione. La terza categoria era formata da 50 commessi coloniali, ripartiti in 5 classi, reclutati mediante concorso per esame, in base a un programma fissato dal governatore. I criteri di assunzione e di promozione furono ispirati al principio della più ampia discrezionalità concessa in materia al governatore (art. 26), anche gli stipendi, grazie soprattutto alla indennità coloniale, risultavano sensibilmente più alti. Una simile libertà di scelta era motivata sicuramente dalla eccezionalità della circostanza e dal carattere rifondativo che la missione di Martini in Eritrea aveva assunto fin dal suo esordio. Questo comportò che la sua amministrazione fosse accusata, soprat-

alle sedute persone la cui competenza giovasse alla migliore conoscenza delle questioni in esame. Notizie in MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., p. 459.

⁽¹⁵²⁾ In MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., IV, p. 890.

tutto in patria, di nepotismo, di ingiustificati favoritismi e di elefantiasi burocratica. Di seguito all'ordinamento del 1902, i continui rimaneggiamenti dell'assetto giuridico ed economico del personale coloniale perpetuarono le connotazioni 'eccezionali' dell'impiegato coloniale; soltanto nel 1909, sotto l'amministrazione di Salvago Raggi, i criteri di reclutamento e di promozione si allinearono a quelli vigenti in Italia ⁽¹⁵³⁾.

15. *L'Ordinamento giudiziario per la Colonia Eritrea del 14 ottobre 1902.*

Infine, l'ultimo colpo inferto dal governatore Martini alle autorità militari fu rappresentato dal nuovo ordinamento giudiziario del 1902 (R.D. 9 febbraio 1902, n. 51) ⁽¹⁵⁴⁾. Lo stato di pace assicurato alla colonia, lo spostamento della capitale da Massaua ad Asmara, l'instaurazione effettiva di una amministrazione civile, non erano più conciliabili con il vecchio ordinamento del 1894 che risentiva ancora, fortemente, del carattere militare che aveva permeato la vecchia organizzazione delle istituzioni coloniali. Allo scopo di organizzare l'amministrazione della giustizia come una manifestazione diretta del potere statale, Martini incaricò il magistrato Mariano D'Amelio di redigere il nuovo ordinamento giudiziario per la colonia, che semplificasse le procedure e prevedesse, per la popolazione indigena, una giustizia amministrata in prevalenza dalle autorità politiche (i Commissari e i Residenti), della quale il Governatore sarebbe stato il giudice supremo.

Le principali innovazioni rispetto all'ordinamento del 1894 si possono riassumere in quattro punti. L'uniformazione del sistema giudiziario in tutta la colonia, grazie alla istituzione, come base dell'ordinamento stesso, del *Giudice unico*, che risiedeva con pari competenza, ad Asmara, a Cheren e a Massaua. L'istituzione del

⁽¹⁵³⁾ AQUARONE, *Ferdinando Martini governatore*, cit., pp. 215-216;

T. COLUMBANO, *Il personale civile*, in *L'Italia in Africa*, s. giuridico-amministrativa, vol. I: *Il governo dei territori oltremare*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1963, pp. 277 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ In MORI, *Manuale di legislazione...*, cit., IV, p. 853. Vedi anche il successivo R.D. 14 ottobre 1902, n. 446, che approva il regolamento giudiziario per la Colonia, in MORI, *Manuale di legislazione...*, cit., IV, p. 1014.

Tribunale di Appello con sede ad Asmara, che decideva su tutte le impugnazioni contro le sentenze del Giudice unico ⁽¹⁵⁵⁾. L'abolizione della giurisdizione dei tribunali militari per gli speciali reati commessi da indigeni e coloni, che sarebbero stati deferiti ai Giudici regionali o al Tribunale di Appello (costituito in Corte di Assise) a seconda che il reato fosse stato, in Italia, di competenza del Tribunale oppure della Corte di Assise. Il riconoscimento al Governatore della facoltà di rivedere, anche d'ufficio, i giudizi penali a carico degli indigeni ⁽¹⁵⁶⁾.

Alla base dell'organizzazione giudiziaria restava sempre la figura del Conciliatore, un italiano nominato con decreto del governatore tra i notabili della colonia, su proposta del Presidente del Tribunale di Appello e del Procuratore del Re.

La giurisdizione italiana era rappresentata dal Conciliatore, dal Giudice unico regionale, assistito da due assessori per le cause penali, dal Tribunale di Appello di Asmara, dal Tribunale di Appello funzionante da corte di Assise e dalla Corte di Cassazione a Roma ⁽¹⁵⁷⁾.

La giurisdizione indigena invece era costituita in primo grado dai *Cadi* o dai Capi villaggio, provincia o tribù, per le controversie in materia civile, penale e commerciale fra indigeni; sempre in primo grado dai Commissari regionali o dai Residenti assistiti dall'elemento indigeno e dagli interpreti (ma non era previsto il patrocinio di avvocati) per tutte le cause che non potevano essere giudicate dai *Cadi* o dai Capi locali perché vedevano coinvolti indigeni di diverse tribù, di diverse religioni, o di diverse regioni. In grado di appello giudicavano sempre i Commissari regionali o i Residenti con diritto di revisione del Governatore. Le cause fra indigeni di competenza della Corte di Assise venivano invece giudicate dal Tribunale di Appello ⁽¹⁵⁸⁾. In questo modo la gestione della giustizia penale ordinaria nei confronti degli indigeni veniva affidata per la maggior parte ai Capi locali e ai funzionari coloniali, mentre i giudici togati

⁽¹⁵⁵⁾ Fino ad allora era stata competente, in seconda istanza, la Corte di Appello Ancona.

⁽¹⁵⁶⁾ D'AMELIO, *L'Ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, cit., pp. 178 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ MELLANA, *L'amministrazione della giustizia in Eritrea e in Somalia (1869-1936)*, cit., p. 110.

⁽¹⁵⁸⁾ Ivi, pp. 110-111.

mantenevano la giurisdizione solo per i reati di competenza della corte di Assise.

16. *L'Ordinamento della Colonia Eritrea del 24 maggio 1903.*

Ormai l'Eritrea aveva raggiunto condizioni di pace e di sicurezza apprezzabili e in grado di fare da sfondo ad un complesso di organi amministrativi e a una organizzazione giuridica tale da assicurare lo svolgimento di una efficace attività di governo. Per completare l'opera di ridefinizione amministrativa della colonia mancavano ancora pochi ritocchi che le avrebbero permesso il raggiungimento di una maggiore autonomia dalla metropoli e avrebbero conferito una maggiore speditezza al processo formativo della legislazione coloniale. La Legge del 24 maggio 1903, n. 205 ⁽¹⁵⁹⁾, assegnò una definitiva fisionomia alla colonia e tracciò i principi ispiratori della futura politica coloniale. Venne approvata dopo un dibattito parlamentare che si rivelò meno ampio e approfondito di quanto ci si sarebbe potuti aspettare, eppure era stata causa di non pochi contrasti fra il suo principale estensore, il governatore Ferdinando Martini, e l'allora ministro degli Esteri Giulio Prinetti di Merate. Tre furono i suoi principi ispiratori: una migliore definizione dei poteri e delle attribuzioni del governatore; la concentrazione in un unico ministero di tutte le facoltà e competenze coloniali rinviate al governo centrale; la sostituzione del Consiglio di Stato con il Consiglio Coloniale, un nuovo organo consultivo, che vantasse maggiori competenze africane e minori lentezze burocratiche ⁽¹⁶⁰⁾.

Anche allo scopo di limitare i poteri sempre più estesi del Governatore, la legge riaffermò l'assoluta dipendenza politica, legislativa, e in parte amministrativa, della colonia dal potere esecutivo del Regno, in cambio di una maggiore autonomia degli organi locali di governo. Inserì la colonia nell'ordinamento dello Stato italiano,

⁽¹⁵⁹⁾ In MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., V, p. 5. L'ordinamento del 1903 fu a tutti gli effetti una 'Costituzione coloniale'. Sul punto vedi il commento di C. PETIT, *Il modello coloniale dello Stato di diritto, La costituzione africana in Guinea*, in P. COSTA e D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 566-613, p. 575.

⁽¹⁶⁰⁾ AQUARONE, *Ferdinando Martini governatore*, cit., pp. 218-222.

lasciando al governo centrale la facoltà di disporre, fare, concedere, perché solo esso era costituzionalmente responsabile della amministrazione della colonia. Definì con maggior precisione la figura del Governatore, sempre alle dirette dipendenze del ministro degli Esteri, ma anche unico responsabile del governo coloniale ⁽¹⁶¹⁾: l'Eritrea non risultava completamente autonoma dalla madrepatria e il potere ivi esercitato dal governatore era un potere decentrato.

Tuttavia il principio della separazione fra Colonia e Madrepatria (peraltro in quegli anni sancito da una sentenza della Corte di Cassazione: « Le colonie sono possedimenti dello Stato, non parte del suo territorio, e pel solo fatto che appartengono alla nazione, non s'intendono *ipso iure* ad esse estese le leggi del Regno » ⁽¹⁶²⁾), andava rapidamente affermandosi e produceva i frutti più diversi. Da esso erano già derivate la creazione di un corpo separato di impiegati coloniali, sottratto alla comune normativa prevista per i funzionari dello Stato, e la istituzione a Roma, presso il Ministero degli Esteri, dell'*Ufficio coloniale*, competente per tutte le questioni d'oltremare. La nuova legge del 1903, completò il processo di definizione delle relazioni fra Eritrea e Italia con la istituzione, presso il Ministero degli Esteri, del *Consiglio coloniale* (art. 1), nuovo organo con duplice funzione consultiva e amministrativa, che sostituì, per le materie coloniali, il Consiglio di Stato.

Il *Consiglio Coloniale* ⁽¹⁶³⁾ venne istituito allo scopo di aggirare

⁽¹⁶¹⁾ Art. 5. Due anni più tardi Martini otterrà di essere affiancato nelle sue decisioni da un Consiglio di amministrazione, organo consultivo locale che avrebbe dovuto sostituire l'antico Consiglio di governo. Il *Consiglio di amministrazione*, istituito con R.D. 22 sett. 1905 n. 507 (art. 18), assisteva, con voto puramente consultivo, il Governatore nell'esame degli affari amministrativi di maggiore importanza e principalmente per i provvedimenti relativi al personale, i regolamenti generali di amministrazione della colonia, la compilazione dei bilanci, le concessioni di forniture o appalti rilevanti, i ricorsi dei privati contro la amministrazione coloniale. Era composto, oltre che dal Governatore che lo presiedeva, dai due direttori degli affari civili e della finanza e contabilità, dal Presidente del Tribunale di appello, dal Comandante del Regio Corpo delle truppe coloniali, e, in casi speciali, dai funzionari caso per caso interessati. Notizie in MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., pp. 457- 8.

⁽¹⁶²⁾ Corte di Cassazione a sezioni unite, 20 gennaio 1902.

⁽¹⁶³⁾ Sul Consiglio coloniale vedi MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., pp. 436 ss.; D'AMELIO, *L'Ordinamento giuridico della*

i ritardi, la farraginosità burocratica, ma anche la incompetenza in materia coloniale del Consiglio di Stato. Grande importanza si attribuì alla sua composizione: undici membri, parte di diritto, parte di nomina governativa, selezionati fra persone che per studio o funzioni esercitate, fossero in grado di fornire al governo elementi di giudizio, di tipo soprattutto tecnico. Il nuovo organismo tardò però a mettersi in moto, vuoi per le diatribe che sorsero al momento della sua composizione, vuoi per l'assenza di un regolamento interno che ne definisse il funzionamento. Finalmente, dopo una travagliata gestazione, iniziò i suoi lavori nel febbraio 1905, nell'indifferenza generale della stampa e del mondo politico italiano ⁽¹⁶⁴⁾.

Ma l'ordinamento del 1903 si proponeva anche la soluzione di altre questioni lasciate irrisolte dalle precedenti legislazioni, come, ad esempio il problema dei rapporti tra diritto nazionale e diritto indigeno e quello della amministrazione della giustizia in colonia.

17. *I codici coloniali.*

La vigente duplice legislazione per i cittadini italiani e per i sudditi coloniali non poteva essere considerata un 'nuovo diritto' proprio perché il *nuovo diritto coloniale* non poteva essere integralmente né quello italiano, né quello delle varie stirpi indigene: il primo non si adattava completamente alla semplificata vita giuridica degli italiani in colonia, il secondo, perlopiù consuetudinario, era in uno stato di continua trasformazione interna, complicato dalle mutate condizioni della vita degli indigeni e dalle esigenze del costume europeo che non avrebbero permesso il mantenimento di alcune parti delle leggi consuetudinarie locali.

Già la Legge del 1° luglio 1890 n. 7003, immediatamente successiva al decreto istitutivo della colonia, aveva conferito al governo del re la facoltà di emanare e pubblicare nella colonia le leggi civili e penali del Regno. Nel tempo intercorso fra il luglio del 1890 e il maggio del 1903 la pubblicazione di leggi italiane in colonia

Colonia Eritrea, p. 102 ss. e ROMANO, *Corso di Diritto Coloniale*, cit., p. 175. Ma anche AQUARONE, *Ferdinando Martini*, cit., pp. 243-245; CAPUZZO, *Per una storia degli organi consultivi dell'amministrazione coloniale italiana. La creazione del Consiglio coloniale*, cit.

⁽¹⁶⁴⁾ AQUARONE, *Ferdinando Martini*, cit., p. 247.

si era limitata a pochi provvedimenti di scarsa rilevanza, nonostante la politica coloniale italiana avesse fin dalle origini respinto il principio della assimilazione legislativa, rafforzata in questo dal già menzionato pronunciamento della Corte di Cassazione ⁽¹⁶⁵⁾.

La giurisprudenza dei tribunali eritrei aveva sempre giudicato in vigore i codici e le altre leggi speciali del regno, che fossero o no pubblicate in colonia, cosicché, nonostante la legge del 1903 riconoscesse implicitamente che i codici e le altre leggi summenzionate, non essendo state pubblicate, non erano leggi della colonia, le disposizioni dei codici e delle leggi stesse continuarono ad avere vigore perché la giurisprudenza le aveva ritenute sempre applicabili.

L'ordinamento del 1903 intendeva chiudere questa fase di incertezza e prevedeva che il governo del re, sentiti il governatore e il consiglio coloniale, promulgasse con decreto reale nella colonia, tempo 18 mesi, i codici civile, di commercio, penale, di procedura civile e penale, il codice per la marina mercantile e i relativi regolamenti (art. 2). I codici, secondo il mandato legislativo delegato al potere esecutivo dalla legge, sarebbero stati un adattamento dei codici metropolitani alle esigenze locali e non, come in alcuni casi sarebbe stato consigliabile, un rifacimento di essi in nome di nuovi criteri determinati dalla esperienza coloniale ⁽¹⁶⁶⁾. Inoltre conferiva al governo del re la facoltà di estendere alla colonia, con decreto reale, e sentiti il Governatore e il Consiglio coloniale, le leggi e i regolamenti del regno, portandovi le modificazioni richieste dalle condizioni locali, purché non riguardassero lo stato personale e di famiglia degli italiani, e di promulgarvi, sotto la medesima riserva, disposizioni legislative nuove (art. 3). Lo stato personale degli indigeni e le loro relazioni di diritto privato continuavano ad essere regolate secondo le consuetudini locali, le religioni e le razze. Per questi vigea il diritto penale speciale, fondato sulle consuetudini locali, salvo le modificazioni introdotte dal Governatore (art. 3).

La pubblicazione di leggi italiane in colonia avrebbe sanzionato il principio della personalità giuridica propria della colonia: vi potevano essere applicate solo quelle leggi dello Stato italiano che vi

⁽¹⁶⁵⁾ Vedi *supra* p. 1109, n. 162.

⁽¹⁶⁶⁾ Così MONDAINI, *Manuale di Storia e Legislazione coloniale del Regno d'Italia*, II, *Legislazione*, cit., p. 45.

fossero state espressamente promulgate con uno specifico provvedimento legislativo ⁽¹⁶⁷⁾. Finalmente l'Italia sembrava essere matura per la creazione di una legislazione coloniale, rilevante per una nazione che ambiva annoverarsi tra le potenze coloniali europee ⁽¹⁶⁸⁾.

Un decreto governatoriale del 30 marzo 1903 istituì ad Asmara una commissione per la preparazione dei progetti dei codici eritrei: codice civile, codice penale, codice di procedura civile, codice di procedura penale, codice di commercio ⁽¹⁶⁹⁾. La commissione espletò il suo compito in circa un anno e mezzo di lavoro, trasmise al governatore i progetti che furono poi inviati al governo centrale e pubblicati nel 1905 ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ MONDAINI, *La legislazione coloniale italiana nel suo sviluppo storico, e nel suo stato attuale (1881-1940)*, cit., pp. 118 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Ai codici coloniali è dedicato il recente lavoro di MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit.

⁽¹⁶⁹⁾ In Eritrea una commissione mista di magistrati e avvocati, nominata da Ferdinando Martini, elaborò una prima stesura dei progetti dei codici: « Per lo studio e la redazione dei progetti dei codici nominai una Commissione composta dei quattro magistrati allora residenti in colonia (Mario d'Amelio, Presidente del Tribunale d'Appello, A. Ranieri Falcone, procuratore del Re, William Caffarel e Antonio Marongiu giudici regionali) dei due avvocati più anziani della colonia (avv. Eteocle Cagnassi ed Eugenio Pitò) e del cancelliere del Tribunale come segretario (Giuseppe Conciatori). La commissione divisa in due sottocommissioni, l'una per la materia civile e commerciale, l'altra per la materia penale, ai primi del 1905 compì i suoi lavori e mi presentò i progetti dei codici civile, penale, commerciale, e quelli dei due codici procedurali » (vedi F. MARTINI, *Relazione sulla Colonia Eritrea del Regio Commissario civile Ferdinando Martini per gli esercizi 1902-907 presentata dal ministro delle colonie (Bertolini) nella seduta del 14 giugno 1913*, in Ap, *Camera*, legislatura XXIII, sessione 1909-13, 4 voll., Roma, Tip. della Camera dei deputati, 1913, vol. I, p. 83). Il presidente della commissione coloniale fu il Presidente del Tribunale di appello di Asmara Mariano D'Amelio (che dal 1923 al 1941 ricoprirà la carica di primo Presidente della Corte di Cassazione del Regno (dal 1923 al 1941). Notizie sui magistrati eritrei che stesero i codici in SARACENO, *La magistratura coloniale italiana (1886-1942)*, cit. e poi in SARACENO, GRISPO, SCALAMBRINO (a cura di), *I magistrati italiani dall'unità al fascismo*, cit., infine MARTONE, *Magistrati italiani nella colonia eritrea. Immagini d'Africa e riflessioni giuridiche (1886-1941)*, cit.

⁽¹⁷⁰⁾ I progetti dei codici elaborati dalla commissione eritrea sono pubblicati in: MARTINI, *Relazione sulla Colonia Eritrea del Regio Commissario civile Ferdinando Martini per gli esercizi 1902-1907 presentata dal ministro delle colonie (Bertolini) nella seduta del 14 giugno 1913*, cit., vol. II. I relatori ai disegni di legge dei Codici per la Colonia Eritrea sono: Falcone per il Codice penale; Caffarel per il Codice di procedura Penale;

Questi vennero esaminati dal Consiglio coloniale che, per agevolare il compito di revisione, aggregò altri giureconsulti ⁽¹⁷¹⁾. L'esame durò tre anni al termine dei quali i progetti furono approvati dal consiglio dei ministri e promulgati (fra il 1908 e il 1909) con appositi decreti reali ⁽¹⁷²⁾ che prevedevano però l'obbligo (mai assolto) di traduzione nelle lingue locali ⁽¹⁷³⁾. Complessivamente l'operazione si protrasse per circa sette anni ⁽¹⁷⁴⁾, ragion per cui il termine di 18 mesi, previsto dall'art. 2 della legge 1903 venne più volte prorogato. Come è noto i nuovi codici non vennero mai pubblicati in colonia, a causa della pretestuosa mancata traduzione nelle due lingue letterarie indigene, l'amarico e l'arabo ⁽¹⁷⁵⁾.

Sicuramente la scelta di non pubblicare i nuovi codici in colonia fu politica e maturò nel corso dei lavori di preparazione ⁽¹⁷⁶⁾,

Marongiu per il Codice civile; Pitò, Conciatori e D'Amelio, rispettivamente per il lib.I, lib.II, lib. III, del Codice di procedura civile; D'Amelio per il Codice di Commercio.

⁽¹⁷¹⁾ I professori Scialoja, Vivante e Santillana, i magistrati Mortara, Garofalo e D'Amelio, e il direttore degli affari civili della Colonia, avv. Corsi.

⁽¹⁷²⁾ I decreti reali di promulgazione del codice civile, del codice di commercio, del codice di procedura civile e del codice di procedura penale portano la data del 28 giugno 1909. Quello del codice penale porta la data del 14 maggio 1908.

⁽¹⁷³⁾ Salvago Raggi, il governatore civile che successe a Martini, contrario al progetto di codificazione, scrisse così nelle sue *Memorie*: « Io non avevo né competenza, né intenzione di giudicare il valore scientifico di quel lavoro, ma dovevo giudicare l'applicabilità alle popolazioni abissine, mussulmane e pagane della Colonia. Feci lo sforzo di leggermi coscienziosamente quei codici e decisi che io non li avrei mai applicati. Mantenni quel proposito, ed oggi ancora i codici non sono applicati. L'espedito che trovai per salvare la responsabilità del ministro che si era impegnato col Parlamento di farli emanare, fu quello di lasciar fare il decreto Reale che li promulgava, ma aggiungendo che verrebbero applicati quando fossero tradotti in Arabo e Tigrignà [...] la traduzione non è ancor fatta » G. SALVAGO RAGGI, *Memorie*, in G. LICATA, *Notabili della Terza Italia*, Roma, ed. Cinque lune, 1968, Appendice II: *Memorie dell'ambasciatore G. Salvago Raggi*, p. 464.

⁽¹⁷⁴⁾ Sul lavoro preparatorio dei codici si veda MONDAINI, *La legislazione coloniale italiana nel suo sviluppo storico e nel suo stato attuale (1881-1940)*, cit., pp. 23 ss.; ma anche la *Relazione sulla Colonia Eritrea del Regio Commissario civile Ferdinando Martini per gli esercizi 1902-907 presentata dal ministro delle colonie (Bertolini) nella seduta del 14 giugno 1913*, cit., I, pp. 82 ss..

⁽¹⁷⁵⁾ Per la verità il codice penale fu pubblicato in colonia (14 maggio 1908), ma soltanto in lingua italiana, sebbene il decreto reale che ne ordinò la promulgazione ne disponesse anche la traduzione in lingua amarica e araba.

⁽¹⁷⁶⁾ Una riserva da parte di chi quel lavoro aveva contribuito a fare veniva già

quando emerse la consapevolezza che una maggiore autonomia, e quindi efficienza della giustizia coloniale, si sarebbe raggiunta solo affidando ai magistrati locali il difficile compito di districarsi nella coesistenza di regimi giuridici diversi: il diritto nazionale per i cittadini italiani e gli stranieri ad essi assimilati, i diritti consuetudi-

espressa al momento della presentazione dei codici stessi. Nel 1909 Vittorio Scialoja aveva pubblicato nella *Rivista di diritto civile* una primizia della sua *Relazione al Consiglio Coloniale*. L'articolo delegittimava e gli operati della commissione nominata da Martini, e di quella espressa dal Consiglio Coloniale, alle quali lo stesso Scialoja aveva attivamente partecipato, ed esprimeva perplessità circa la fattibilità dell'intera operazione. « Pur adempiendo all'incarico che il Consiglio Coloniale le affidava in esecuzione della legge citata, la Commissione non può fare a meno di dichiarare che nel corso dei suoi lavori le sono sorti dei dubbi sull'opportunità di promulgare ora nell'Eritrea un apposito codice civile. Allo scopo di assicurare che i rapporti degli italiani siano regolati nella colonia dagli stessi principi giuridici che vigono in Italia, non è indispensabile — e l'esperienza di tanti anni lo dimostra — trasportare l'ingombrante mole dei nostri codici, che presuppongono una condizione di vita sociale quale si riscontra nelle nazioni che hanno secolare esistenza ed una organizzazione complessa di uffici civili, amministrativi e giudiziari, di cui la Colonia è sprovvista. Basterebbero invece poche norme, nelle quali fosse detto in via generalissima che ai cittadini si applicano le leggi che sarebbero loro applicabili in Italia, come già in certo modo dispone l'art. 9 dell'ordinamento giudiziario, e che per i sudditi coloniali continuano ad aver vigore le loro consuetudini, salvo che siano contrarie alla civiltà, e nelle quali fossero infine dettate alcune regole per risolvere eventuali conflitti derivanti dal doppio regime giuridico e per regolare taluni dei più importanti rapporti misti. Il richiamo generico alla nostra legislazione, mentre è sufficiente a supplire per ora la mancanza di leggi dettate appositamente per la Colonia, consentirebbe che le leggi patrie possano meglio adattarsi alle condizioni dei luoghi, pur restando integre nella loro sostanza, e permetterebbe alla giurisprudenza l'opera di adattamento graduale veramente efficace perché suggerito dalle singole evenienze. La promulgazione dei codici, invece, implicando una nuova affermazione di volontà legislativa, toglierebbe la necessaria libertà all'opera della giurisprudenza, mentre un aprioristico adattamento generale dei codici non può essere egualmente efficace e completo. I nostri codici del resto costituiscono un tutto unico con le tante leggi speciali, che qua e là ne hanno modificate le disposizioni, con l'enorme lavoro di dottrina e di giurisprudenza che ha fissato il significato di talune disposizioni incerte o di dubbio senso, con le secolari tradizioni giuridiche su cui si adagiano. Non è possibile scindere questo tutto e trasportare altrove i codici, senza il corredo della legislazione suppletiva, la quale a sua volta non può neppure essere trasportata, perché spesso relativa a specialissime materie. A tutto ciò conviene che il Consiglio coloniale e il Governo pensino attentamente prima di dare esecuzione completa alla legge del 24 maggio 1903 [...] ». SCIALOJA, *Il codice civile per la Colonia Eritrea. Relazione al Consiglio Coloniale*, cit. p. 363. Sul punto, diffusamente MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., pp. 13 ss.

nari locali per le popolazioni indigene. Tuttavia il lavoro di quei sette anni non fu inutile perché i codici assunsero un valore dottrinale, costituirono un *corpus iuris* contenente un diritto ideale, che servirà da norma generale all'amministrazione della giustizia in Eritrea ⁽¹⁷⁷⁾.

Qualsiasi ne sia stata la causa, il fallimento dell'ipotesi di codificazione (Aquarone parla di un epilogo « malinconico e poco decoroso ») ⁽¹⁷⁸⁾, produsse un duplice risultato. Da un lato, la dimostrazione di una 'ottusa' impermeabilità della Colonia alle direttive di politica legislativa della madrepatria, e il mantenimento di una maggiore autonomia nella amministrazione della giustizia, affidata alla pragmatica ricerca di una mediazione tra diritto italiano e diritto indigeno operata dalla giurisprudenza locale. Dall'altro il rifiuto, nei fatti, di quella politica di assimilazione avviata, negli stessi anni, dalle colonie francofone.

Anche le raccolte delle fonti consuetudinarie, indispensabili per il riconoscimento seppur parziale della effettività del diritto indigeno, così come previsto dall'art. 3 della legge del 1903, nelle quali confluì il lavoro di ricerca e di sistemazione svolto dai commissari regionali, si rivelarono inadeguate alla formazione di quel *corpus* consuetudinario che i legislatori avevano ottimisticamente ipotizzato ⁽¹⁷⁹⁾. La forte disomogeneità delle consuetudini eritree era aggravata dalla presenza, accanto a leggi consuetudinarie scritte, come il Fetha Negast (letteralmente Leggi dei Re, la antica raccolta di leggi di origine araba in vigore presso le popolazioni abissine), di una fortissima presenza di norme trasmesse oralmente. Il censimento delle fonti orali fu affidato ai funzionari coloniali. Molti di essi si improvvisarono antropologi, etnologi, giuristi, con risultati spesso sorprendentemente brillanti, basti ricordare figure come quelle di Alberto Pollera ⁽¹⁸⁰⁾ o di Carlo Conti Rossini ⁽¹⁸¹⁾, ma inutilizzabili

⁽¹⁷⁷⁾ Così D'AMELIO, *L'Ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, cit., p. 241.

⁽¹⁷⁸⁾ Così AQUARONE, *Ferdinando Martini e l'amministrazione della Colonia Eritrea*, cit., p. 239.

⁽¹⁷⁹⁾ Vedi le raccolte di fonti consuetudinarie locali messe insieme dal Governo della Colonia Eritrea, *Diritto consuetudinario. Raccolta di massime giurisprudenziali di diritto consuetudinario delle popolazioni dell'Eritrea*, Asmara, Tip. coloniale De Angeli, 1909, fasc. 18, e *Diritto civile indigeno musulmano. Raccolta di norme di diritto hanafita e malekita*, Asmara, Tip. coloniale De Angeli, 1909, fasc. 22.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. A. POLLERA, *L'ordinamento della giustizia e la procedura indigena in*

dal punto di vista della creazione di una codificazione del diritto consuetudinario che potesse essere estesa a tutto il territorio della colonia ⁽¹⁸²⁾.

Etiopia e in Eritrea, Roma, Tip. Nazionale G. Bertero e C., 1913. Sulla straordinaria figura di Pollera e sul suo lavoro di etnografo vedi B. SORGONI, *Etnografia e colonialismo. L'Eritrea e l'Etiopia di Alberto Pollera. 1873-1939*, Torino, Bollati Boringhieri, 2001.

⁽¹⁸¹⁾ C. CONTI ROSSINI, *Principi di diritto consuetudinario dell'Eritrea*, Roma, Tipografia dell'Unione ed., 1916.

⁽¹⁸²⁾ Di seguito una rassegna degli studi sui diritti consuetudinari indigeni, sul diritto islamico e sulle istituzioni etiopiche, prodotti nel corso dei primi anni di amministrazione. Gli autori sono prevalentemente funzionari coloniali, come Dante Odorizzi, Alberto Pollera, Carlo Conti Rossini, che spesso finirono per dedicare gran parte della propria vita allo studio delle popolazioni abissine, alcuni furono magistrati, inviati nel corso della loro carriera a ricoprire incarichi coloniali, come ad esempio William Caffarel, Mariano D'Amelio, Ranieri Falcone, altri furono commissari regionali, come Ilario Capomazza, altri ancora medici, inviati in colonia con l'incarico di ufficiali sanitari, come Lincon De Castro, altri ancora, come Ruffillo Perini, furono militari, appassionati nel corso delle campagne d'Africa alla storia delle popolazioni locali, altri ancora furono noti orientalisti come Ignazio Guidi. Infine fu spesso il Governo della colonia a farsi promotore della raccolta delle fonti di diritto consuetudinario (v. *supra*, n. 179). W. CAFFAREL, *Schemma generale di un progetto di legislazione penale per le tribù indigene della Colonia Eritrea*, in MARTINI, *Relazione sulla Colonia Eritrea del Regio Commissario civile Ferdinando Martini per gli esercizi 1902-1907 presentata dal ministro delle colonie (Bertolini) nella seduta del 14 giugno 1913*, cit., vol. II, all. 20°, pp. 214-229; I. CAPOMAZZA, *Il diritto consuetudinario dell'Acchebe Guzai*, Asmara, Tip. coloniale De Angeli, 1909; Id., *Usanze islamiche hanafite di Massaua e dintorni*, Macerata, Giorgetti, 1910; Id., *La legge degli Atchemè-Melgà. Istituzioni di diritto consuetudinario del Seraè*, Macerata, Giorgetti, 1912; G. CIAMARRA, *L'islamizzazione del diritto moderno a mezzo del diritto giudiziario indigeno*, in « Rivista coloniale », 1910, gennaio-febbraio, pp. 25-40; CONTI ROSSINI, *Principi di diritto consuetudinario dell'Eritrea*, cit.; L. DE CASTRO, *Compendio delle leggi dei re (Fetha Nagast)*, Livorno, Belforte, 1912; G. DE STEFANO, *Il diritto penale nell'Hamasiè ed il Fetha Nagast*, Firenze, Tip. Cooperativa, 1897; B. DUCATI, *Compendio di diritto musulmano secondo i quattro riti fondamentali*, Bologna, Azzoguidi, 1909; Id., *La testimonianza in diritto musulmano*, Bologna, Azzoguidi, 1909; R. FALCONE, *Del diritto italiano e del diritto indigeno nell'Africa italiana*, in Rossetti (a cura di), *Atti del congresso Coloniale Italiano in Asmara (settembre-ottobre 1905)*, cit., I, pp. 189-208; E. GRIFFINI, *La più antica codificazione della giurisprudenza islamica: il compendio di Zaid ben Ali scoperto tra i manoscritti arabi della biblioteca Ambrosiana*, in « Rendiconti del R. Istituto lombardo di scienze e lettere », Milano, 1911, serie II, vol. 44, pp. 260-75; I. GUIDI, *Il Fetha Nagast o legislazione dei re. Codice ecclesiastico e civile di Abissinia*. Tradotto e annotato da Ignazio Guidi per il R. Istituto orientale in Napoli, Roma, Tip. della Casa Editrice italiana, 1899; MORI, *Le basi del diritto musulmano e l'azione antischiavista nell'Africa Orientale*, cit.; D. ODORIZZI, *Il Commissariato regionale di*

Anche la partenza per Roma di Ferdinando Martini, che aveva ricoperto la carica di governatore civile per quasi dieci anni, ebbe la sua parte nel rallentare i lavori dei codici e poi impedirne la promulgazione. Il nuovo governatore, il marchese Salvago Raggi, che si era sempre mostrato contrario al progetto di codificazione coloniale ⁽¹⁸³⁾, preferì limitarsi alla promulgazione di leggi ritenute più urgenti quali ad esempio *l'Ordinamento giudiziario della colonia*.

18. *L'Ordinamento giudiziario della colonia del 2 luglio 1908.*

Il nuovo ordinamento giudiziario del 1908 (R.D. 2 luglio 1908, n. 325) ⁽¹⁸⁴⁾ era infatti ispirato a una logica che potremmo definire antitetica a quella che aveva dato vita al grande disegno di codificazione coloniale ⁽¹⁸⁵⁾. Con esso veniva sottratta ai magistrati ordi-

Massaua al 1° gennaio 1910, in « Colonia Eritrea », fasc. n. 50, Asmara, Tip. Fioretti e Baltrami, 1911; R. PERINI, *Di qua del Mareb (Mareb mellasc)*, Firenze, Tip. Cooperativa, 1905; I. PIZZI, *L'islamismo*, Milano, Hoepli, 1903; POLLERA, *L'ordinamento della giustizia e la procedura indigena in Etiopia e in Eritrea*, cit.; E. SACHAU, *Il diritto ereditario musulmano secondo la dottrina degli Arabi Ibaditi di Zanzibar e dell'Africa Orientale*, Roma, Tip. Unione Coop., 1906.

⁽¹⁸³⁾ Vedi alle note 173 e 186.

⁽¹⁸⁴⁾ Seguìto dal *Regolamento*, entrambi in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., VI, p. 232 e 255.

⁽¹⁸⁵⁾ Lo affermano anche Scialoja che, nella Relazione al Consiglio Coloniale sul Codice civile per la Colonia Eritrea (ASDMAE, ASMAI, *Fondo Tittoni-Pompilij, Archivio Tittoni*, 1906-9, cartella 2.), a pag. 4 scrive: « L'ordinamento giudiziario attuale [...], che ha la data del 2 luglio 1908, ha trasformato radicalmente l'organizzazione giudiziaria, portandola alla massima semplicità e riducendo ad uno solo il numero dei magistrati della Colonia. Questo nuovo indirizzo dovrebbe anche consigliare a desistere dal pubblicare per poche centinaia di italiani residenti nella Colonia, codici appositi, la cui maestosa solennità contrasta con la semplificazione degli organi giudiziari »; e Salvago Raggi che nelle *Memorie*, cit., pp. 464 ss., scrive: « Esisteva, naturalmente, un ordinamento giudiziario, e quello costituiva un grosso guaio! Avevamo in Colonia alcuni giudici conciliatori per le cause minori fra europei, due pretori, un tribunale di prima istanza ed una corte d'appello. Era una cuccagna per gli avvocati, e ciò mi rincresceva: Ma quel che più mi addolorava era che anche per gli indigeni quell'ordinamento dava alimento agli avvocati: infatti mentre le cause civili tra indigeni restavano deferite ai commissari e ai capi indigeni, per la giurisdizione penale intervenivano i magistrati italiani, con gli avvocati. Gli inconvenienti erano notevoli e agli occhi degli indigeni apparivano negazioni di giustizia e lungaggini giudiziarie italiane; i poveri Cunama dovevano venire a deporre come testimoni ad Asmara dove morivano dal freddo e

nari l'amministrazione della giustizia nei riguardi degli indigeni, per affidarla completamente ai funzionari amministrativi, invertendo quel 'processo evolutivo' grazie al quale le popolazioni indigene sarebbero state progressivamente sottoposte agli istituti del diritto italiano. Rinnovava inoltre, profondamente, gli organi giudiziari della colonia con l'eliminazione del Tribunale d'Appello di Asmara, il ridimensionamento delle competenze dei giudici ordinari, l'abolizione del ruolo del procuratore del Re, sostituito con un avvocato dello Stato nominato dal governatore. Insomma un deciso ridimensionamento del numero e delle competenze dei giudici ordinari al quale non erano estranee le ragioni di bilancio della colonia ⁽¹⁸⁶⁾.

tremavano di paura: le sentenze per scarsa conoscenza degli usi delle singole razze apparivano assurde ai condannati e alle loro famiglie. Insomma la 'giustizia italiana' era oggetto di diffidenza e di terrore. L'avvocato bianco che sparlava di carabinieri e di commissari e del giudice istruttore, era causa di scandalo. Dopo un anno di riflessioni andai a Roma per ottenere l'approvazione di un ordinamento a modo mio, e mi aspettavo grandi difficoltà che poi non furono quali pensavo, perché venni efficacemente sostenuto da due giuristi di grande valore, che si persuasero che io avessi ragione: Scialoja e Mortara.

⁽¹⁸⁶⁾ Vedi il *Rapporto riservato n. 1151 in data 22 agosto 1907*, inviato dal nuovo governatore d'Eritrea Salvago Raggi al Ministro degli Affari Esteri, in ASDMAE, ASMAI, Posiz. 12/3, fasc. 24, riportato integralmente in MELLANA, *L'amministrazione della giustizia in Eritrea e in Somalia (1869-1936)*, cit., pp. 169-170: « In questa colonia si trovano, secondo l'ultimo censimento, 1984 italiani. Togliendo da questi i militari (850 circa) e gli impiegati, il numero degli italiani che risiedono qui ed esercitano il commercio arti o mestieri vari si riducono a 990, compresi i bambini. Per questa popolazione, che non raggiunge quella di uno fra i piccoli Comuni del Regno, abbiamo: due tribunali, una Corte di Appello e un procuratore del Re. Questa organizzazione giudiziaria è causa di una spesa che dal bilancio apparisce salire a L. 75.000, ma in realtà oltrepassa le L. 85.000; grazie a impiegati straordinari etc. Detta spesa verrebbe col proposto ordinamento giudiziario un poco aumentata. Il numero delle sentenze emanate dai due Tribunali e dalla Corte di Appello non dà una idea esatta della poca importanza del lavoro giudiziario in questa colonia, perché l'importanza minima delle cause discusse toglie ancora valore al già scarso numero. Le sentenze penali emanate dai due tribunali regionali (competenza di pretore e di tribunale) non superano in media 166 all'anno, cioè 83 per ogni tribunale. La media delle sentenze d'Appello emanate in Colonia è di sei ogni anno, con un massimo di 10 nel 1904, e un minimo di 2 nel 1902. In seguito a questi dati tratti dalle relazioni annuali, vien naturale di chiedersi se è proprio necessario di spendere circa 85.000 fr. all'anno in una organizzazione giudiziaria abbastanza complicata e se è necessario tenere in Eritrea quattro o cinque egregi Magistrati, i quali non hanno modo di occupare il loro tempo". Vedi anche quanto Salvago Raggi annota nelle sue *Memorie*, cit., p. 465: "Il malcontento dei magistrati fu grande, e quello degli

La giustizia coloniale veniva amministrata dall'autorità giudiziaria, che giudicava tutte le cause civili e penali riguardanti i cittadini italiani o gli stranieri ad essi assimilati ⁽¹⁸⁷⁾, e dalla autorità amministrativa, per le cause cui erano interessati gli indigeni sudditi coloniali o assimilati ⁽¹⁸⁸⁾. Il Tribunale militare giudicava invece le cause riflettenti reati commessi da militari in tempo di pace e in tempo di guerra, secondo il codice penale per l'esercito del regno. I Tribunali speciali ⁽¹⁸⁹⁾, che potevano essere istituiti dal governatore in qualsiasi zona della Colonia, funzionavano secondo le norme ed applicavano le pene stabilite dal codice penale militare per il tempo di guerra, e giudicavano determinati reati che, previsti da bandi o decreti, fossero stati commessi da sudditi coloniali o assimilati.

L'amministrazione della giustizia per i cittadini italiani e per gli stranieri assimilati era affidata alle autorità giudiziarie della colonia che erano: il Conciliatore, il Giudice della colonia, il Tribunale della colonia con sede ad Asmara, la corte di Assise, sedente ad Asmara. Il Conciliatore, nominato dal governatore fra i commissari o fra i notabili della colonia, risiedeva in ogni capoluogo di commissariato, giudicava entro i limiti di competenza stabiliti dalle leggi italiane, le sue sentenze erano inappellabili. Il Giudice della Colonia, nominato dal governo del Re, udito il Governatore, tra i magistrati del Regno, risiedeva ad Asmara e decideva, come Giudice unico tutte le cause

avvocati anche maggiore. Arrivarono a farmi sapere in via indiretta che se insistevo in quell'atteggiamento non sarei rimasto in colonia, perché tutti i mezzi sarebbero stati buoni per farmi partire, ma dovettero rassegnarsi: i magistrati rimpatriarono, salvo un giudice ed il procuratore del Re. Venne prima una campagna sui giornali. Venni dichiarato "pezzo grosso della massoneria" nei giornali clericali, "terziario francescano" nei giornali cattolici, "belva sitibonda di sangue umano" nel *Secolo*... Finirono per stancarsi, e rimasi tranquillo per il momento ».

⁽¹⁸⁷⁾ « Questi però quali convenuti possono sempre proporre l'azione in riconvenzione, qualora sia ammissibile, secondo le regole del codice di procedura civile. In questo caso l'autorità giudiziaria ordinaria conosce anche delle domande a carico degli indigeni », vedi D'AMELIO, *L'ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, cit., p. 186.

⁽¹⁸⁸⁾ « [...] e per le cause fra italiani o stranieri ed indigeni sudditi coloniali od assimilati, quando il convenuto o l'accusato sia indigeno suddito coloniale od assimilato, senza badare alla nazionalità dell'attore o della parte lesa »: D'AMELIO, *L'ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, cit., p. 186.

⁽¹⁸⁹⁾ Che erano stati istituiti con R.D. 22 settembre 1905 n. 507, in MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., V, p. 621.

civili eccedenti la competenza del Conciliatore, che non superassero il valore di 2000 lire e tutti i reati contravvenzionali. Il Tribunale della colonia, composto dal Giudice della colonia che lo presiedeva e da due giudici onorari (scelti dal governatore fra i funzionari civili e militari), giudicava tutte le cause civili di valore superiore alle 2000 lire e tutte le cause penali non di competenza del Giudice unico e della Corte di Assise. La Corte di Assise, composta dal Giudice della Colonia, da due giudici onorari (scelti dal governatore fra i funzionari) e da due assessori (nominati dal governatore tra i notabili della colonia), giudicava tutti i reati assegnati alla sua competenza dalle leggi del Regno. Competente in grado di appello contro le sentenze pronunciate dal magistrato ordinario di prima istanza era la Corte di Appello di Roma, le cui decisioni erano ricorribili alla Corte di Cassazione di Roma, così come le sentenze della Corte d'Assise ⁽¹⁹⁰⁾.

L'amministrazione della giustizia per la popolazione indigena e assimilata era affidata ai seguenti organi: i Capi indigeni; i Commissari regionali e Residenti; il Tribunale di commissariato o di residenza; il Governatore. I Capi indigeni, riconosciuti dal governo coloniale, giudicavano in prima istanza le controversie civili fra sudditi e assimilati. I Commissari regionali e i Residenti, assistiti dai Capi e dai notabili indigeni che avevano voto consultivo, giudicavano tutte le cause penali e le cause civili che esulavano la competenza dei Capi, a causa della diversa religione o della diversa appartenenza a tribù o villaggi, delle parti in causa. Giudicavano anche tutte le cause fra cittadini italiani o assimilati e indigeni quando il convenuto o l'accusato era suddito indigeno o assimilato. Infine giudicavano in seconda istanza le sentenze dei Capi. Il Tribunale di Commissariato o di Residenza, composto dal Commissario (o dal Residente), da due giudici onorari nominati dal governatore fra funzionari civili e da alcuni notabili locali che disponevano solamente di voto consultivo, giudicava tutti i reati di competenza della Corte di Assise. Al Governatore spettava infine il diritto di revisione anche d'ufficio su tutte le sentenze pronunciate dai Commissari e Residenti.

In conclusione, la giurisdizione indigena era affidata alle autorità indigene soltanto per una parte limitata, mentre per il resto era

⁽¹⁹⁰⁾ D'AMELIO, *L'ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, cit., pp. 198-201.

lasciata nelle mani dei funzionari amministrativi italiani e non più, come nel precedente regolamento, in quelle dei giudici togati. Questo di per sé comportava che, nella giustizia indigena, venisse tollerato un ampio margine interpretativo da parte dei funzionari amministrativi, e venissero privilegiate pratiche processuali meno formali, forse più vicine agli usi locali, licenze processuali che però non sarebbero state tollerate nell'esercizio della giustizia per i cittadini italiani.

Quella introdotta dal nuovo ordinamento era una giustizia differenziale peraltro assolutamente coerente con quanto in quegli anni si andava elaborando in merito alla regolamentazione della cittadinanza coloniale.

19. *Cittadini e sudditi coloniali.*

La complessa questione della cittadinanza coloniale ⁽¹⁹¹⁾ merita una trattazione a parte. Il principio in base al quale non tutti gli individui che si trovano in colonia godono della stessa condizione giuridica ha sempre caratterizzato, nel tempo, tutte le leggi coloniali italiane ⁽¹⁹²⁾. Infatti proprio per le speciali caratteristiche 'extra-territoriali' del territorio coloniale (le colonie sono dipendenti dallo

(191) Sul tema della cittadinanza coloniale, oltre al recente lavoro di COSTA, *Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, cit., pp. 476 ss., anche CAPUZZO, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana*, cit., e B. SORGONI, *Parole e corpi. Antropologia, discorso giuridico e politiche sessuali interrazziali nella colonia Eritrea (1890-1941)*, Napoli, Liguori, 1998, pp. 87 ss.

(192) Sul tema cfr. CAVALIERI, *Appunti sulla questione della cittadinanza*, cit., SOLINAS DELOGU, *La condizione giuridica e politica degli indigeni nella colonia Eritrea*, cit., A. RAVIZZA, *La legge applicabile nei rapporti tra cittadini e sudditi nella colonia Eritrea*, in «Scuola positiva», 1916, gennaio; I. PAPINI, *La condizione giuridica delle popolazioni nelle colonie italiane*, in «Rivista delle Colonie italiane», 1934, pp. 82-96; ID., *La condizione giuridica delle collettività indigene nelle colonie italiane*, in «Rivista delle Colonie italiane», 1935, pp. 775-82; A. CICCITTI, *Cittadinanza e sudditanza nella legislazione coloniale italiana*, in «Rivista coloniale», 1924, marzo-aprile, pp. 100-22, e maggio giugno, pp. 161-82; R. SERTOLI SALIS, *Cittadinanza e sudditanza* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. III, Torino, 1938, pp. 196-198; U. BORSI, *La cittadinanza e la sudditanza coloniale italiana nella più recente legislazione*, in AA.VV., *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, Soc. ed. Vita e pensiero, 1938, pp. 73-82; R. QUADRI, *Cittadinanza* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Torino, 1967, pp. 306-335.

Stato ma non parte integrale di esso (193)), i *cittadini italiani* non portano con sé, quando si trasferiscono in colonia, la somma dei propri diritti civili, pubblici e politici, ma sopportano quelle limitazioni che l'ordinamento giuridico della colonia stabilisce. Ai coloni sono comunemente riconosciuti, senza eccezioni, i diritti civili e le garanzie dei diritti pubblici, quel complesso cioè di diritti correlati alla libertà, alla indipendenza personale ed alla inviolabilità della proprietà (che però può subire alcune restrizioni determinate dalle necessità politiche). Invece l'esercizio dei diritti politici, nei quali si riassume la partecipazione dei cittadini al pubblico potere ed agli oneri finanziari e militari che ne assicurano il funzionamento, e cioè lo *ius suffragi*, lo *ius honorum*, lo *ius tributum*, lo *ius militiae*, è loro consentito solo gradualmente, in una misura e con forme che fanno appunto del regime politico la differenza sostanziale tra l'ordinamento della colonia e quello della metropoli (194).

Gli *indigeni* invece sono *sudditi*, vale a dire *cives non optimo iure* (195). Essi non godono dei diritti politici dei cittadini, ma solo di quelli che sono loro concessi dalle leggi che li riguardano e che concernono esclusivamente il governo delle colonie. Il loro statuto personale e i loro rapporti di diritto privato sono regolati da norme apposite che in linea di massima riconoscono efficacia alle consuetudini indigene se non contrarie allo speciale ordine pubblico che lo Stato vuole conservare in colonia.

Hanno quindi uno *status* giuridico diverso da quello dei cittadini, che sarà regolato e definito minutamente soltanto nel codice civile eritreo che rappresenta, come abbiamo visto, un ideale punto di riferimento dottrinale e giurisprudenziale.

Sarà l'art. 2 dell'Ordinamento giudiziario per l'Eritrea (R.D. 2 luglio 1908 n. 325) (196) a definire per la prima volta la condizione di suddito coloniale (curioso il fatto che la materia della cittadinanza non venisse regolata da uno speciale decreto ma da disposizioni

(193) Vedi a questo proposito quanto sostenuto da Crispi in occasione del dibattito parlamentare sulla istituzione della Colonia Eritrea: *supra* nota n. 105.

(194) Vedi MORI, *I corpi consultivi dell'amministrazione coloniale negli stati d'Europa*, cit., p. 473.

(195) D'AMELIO, *L'Ordinamento giuridico della Colonia Eritrea*, cit., pp. 85 ss. e ROMANO, *Corso di Diritto Coloniale*, cit., p. 68.

(196) Cfr. MORI, *Manuale di legislazione della Colonia Eritrea*, cit., VI, p. 255 ss.,

contenute in un atto riguardante un'altra materia). L'articolo fa dipendere la qualità di suddito coloniale dal concorso di elementi negativi con elementi positivi. Gli elementi negativi sono: non essere cittadino italiano, non essere sudditi o cittadini di altro Stato. Gli elementi positivi invece si riassumono nelle seguenti condizioni: essere nato nella colonia, appartenere a tribù o a stirpi della colonia medesima, appartenere ad un'altra popolazione africana e risiedere da due anni in colonia o avervi prestato servizio stabile nella amministrazione pubblica. Riassumendo la sudditanza nella colonia Eritrea si poteva avere per nascita o per acquisto, *iure sanguinis* o *iure soli* ⁽¹⁹⁷⁾.

Sarà invece il codice civile eritreo, al titolo primo del I libro, a regolare minutamente la cittadinanza e la sudditanza coloniale e il rispettivo godimento dei diritti civili. Secondo il codice coloniale cittadinanza e sudditanza coloniale sono due stati giuridici diversi ma correlati, cui corrispondono due diversi ordini di diritti e doveri nel campo del diritto pubblico come in quello del diritto privato.

Il codice civile, come già l'ordinamento giudiziario del 1908, dispone che la sudditanza possa aversi per nascita in colonia o per acquisto posteriore, mediante decreto governatoriale, da chi si sia stabilito in colonia o vi abbia prestato servizio pubblico. Assimila ai sudditi gli stranieri appartenenti a popolazioni che non abbiano un grado di civiltà simile a quella europea, ai cittadini gli stranieri di Stati di civiltà europea. L'articolo 8, relativo alla condizione dei meticci, stabilisce la determinazione della cittadinanza o della sudditanza in base al criterio antropologico; cittadino il figlio, quando anche uno solo dei coniugi o dei genitori naturali sia cittadino, se i genitori sono ignoti la condizione di appartenenza del bambino si presume dai caratteri fisici ⁽¹⁹⁸⁾. L'art. 12 regola la condizione della donna indigena sposata a un cittadino: stabilisce che essa diventi cittadina durante il matrimonio e che conservi la cittadinanza anche dopo lo scioglimento del matrimonio solo se mantiene il domicilio

⁽¹⁹⁷⁾ Sul punto, diffusamente, vedi CAPUZZO, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana*, cit., p. 72.

⁽¹⁹⁸⁾ Sulla politica di italianizzazione dei meticci vedi il recente contributo di G. BARRERA, *Patrilinearità, razza e identità: l'educazione degli italo-eritrei durante il colonialismo italiano (1885-1934)*, in «Quaderni storici», *La colonia: italiani in Eritrea*, cit., pp. 21-53.

nel regno, altrimenti dopo un anno dallo scioglimento riacquista la qualità di suddita coloniale, salvo casi speciali in cui essa può conservare la cittadinanza in virtù di decreto governatoriale. Concede infine ai sudditi coloniali, che se ne siano resi degni, la naturalizzazione italiana per decreto reale, qualità personale e non trasmissibile ⁽¹⁹⁹⁾.

Quello seguito dal legislatore coloniale nella definizione della categoria di suddito è, come si vede, un procedimento eclettico, ispirato a criteri di opportunità politica e sociale. Anche gli indigeni sono soggetti di diritto, ma la loro è una cittadinanza *minoris iuris*, con capacità giuridica diversa e inferiore a quella dei cittadini metropolitani o coloniali. Si tratta di un punto di vista che, sotto il velo antropologico-culturale, fa trasparire, neppure troppo nascosto, il più banale discorso razziale del conflitto tra superiori e inferiori, che rimanda a sua volta alle antiche disuguaglianze della storia e della politica: dominatori e dominati, ricchi e poveri, forti e deboli, cittadini e, appunto, sudditi. Una diversa soluzione non era esigibile dai legislatori italiani dell'epoca, che entravano per la prima volta in contatto con i grandi problemi delle forme giuridiche da dare alla espansione coloniale ⁽²⁰⁰⁾.

Peraltro anche la *Relazione sommaria* che accompagnava il progetto del codice civile eritreo presentato dalla commissione di Asmara, osservava che i sudditi godono dei diritti civili con le modificazioni costituite dal proprio statuto personale: «Esse non

⁽¹⁹⁹⁾ Vedi ROMANO, *Corso di Diritto coloniale*, cit., p. 133 ss. e il commento di MONDAINI, *Manuale di Storia e Legislazione coloniale del Regno d'Italia*, Parte II, *Legislazione*, cit., p. 45 ss.: «[...] quanto al diritto di famiglia è prescritta la autorizzazione governatoriale pei matrimoni misti, con maggior rigore pei casi di matrimonio fra suddito e cittadina o straniera che non viceversa, anche qui cioè seguendo una via di mezzo fra gli opposti criteri in materia; il che si avverte pure nel campo della potestà patria e della tutela (in esso non sostituzione del bianco all'indigeno in ogni caso, nei matrimoni misti, ma preferenza soltanto del bianco sull'indigeno, con larghi poteri discrezionali in proposito del giudice; stabilendosi la patria potestà spettare sempre al genitore bianco, in mancanza di questo la tutela affidabile anche al genitore indigeno; nella costituzione dei consigli di famiglia infine la facoltà nel giudice di preferire i parenti del genitore cittadino o straniero a quelli del genitore suddito o assimilato)».

⁽²⁰⁰⁾ Sul punto vedi MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., pp. 16-17. Sulla componente razzista della nostra cultura liberale vedi, fra i tanti, *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d'Italia, 1870-1945*, a cura di A. Burgio, Bologna, Il Mulino, 2000.

creano un insieme di diritti civili, che sia inferiore a quello degli europei. All'opposto, esse sono ispirate al rispetto della coscienza religiosa degli indigeni, delle loro tradizioni secolari, e mirano ad agevolare i loro rapporti giuridici. Essi, come gente meno evoluta, hanno bisogno di leggi più semplici, meno formali, più generose di tutela da parte dell'autorità, più confacenti al diritto naturale ed alle attuali loro condizioni sociali. Sicché essere sottoposti al loro diritto speciale non costituisce per essi una condizione di inferiorità, ma uno stato giuridico in cui godono una maggiore tutela della legge » (201).

Non è questo il luogo per denunciare la mistificazione sottesa al discorso politico e giuridico sui due livelli di civiltà, altri lo hanno già fatto con raffinata competenza (202). Basti per ora ricordare che il principio di giustizia differenziale venne accolto dal codice civile eritreo che ribadì il principio della applicabilità del costume locale indigeno agli indigeni per lo stato personale e le relazioni di diritto privato tra loro, e la applicazione esclusiva del codice civile italiano per gli italiani e gli stranieri nei loro rapporti reciproci (ed anche ai rapporti tra italiani o stranieri ed indigeni).

Coesistevano in questo modo, in colonia due ordini di diritti civili: il primo, dato dalle leggi italiane, si riferiva ai cittadini, l'altro, dato dalle consuetudini locali, regolamentava la vita civile dei sudditi. Il trattamento differenziale diventa ancora più evidente nel codice penale eritreo che presenta le maggiori innovazioni rispetto a quello del regno, certamente più liberale (203). La necessità di mantenere il dominio coloniale e al contempo di rispettare le consuetudini locali produsse un codice penale che, dimentico delle garanzie che avevano caratterizzato il codice Zanardelli, e completamente appiattito sull'aspetto sanzionatorio, da un lato, operava attraverso l'aggravamento delle pene per i delitti commessi da sudditi indigeni contro cittadini europei, dall'altro, con la introduzione (o il mantenimento, se visto dal punto di vista del rispetto delle

(201) *Relazione sommaria al progetto del Codice civile eritreo*, Roma, Tip. Unione Coop., 1905, p. 9.

(202) Cfr. SORGONI, *Parole e corpi. Antropologia, discorso giuridico e politiche sessuali interrazziali nella colonia Eritrea (1890-1941)*, cit., pp. 91 ss.

(203) Sui caratteri del Codice penale eritreo vedi MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., pp. 3-64.

tradizioni indigene) per i sudditi, di pene corporali ‘terroristiche’, come la fustigazione e la pena di morte, e poi la relegazione, la confisca dei beni, la sospensione o perdita degli assegni governativi. Il codice, come ebbe a scrivere Garofalo nella relazione sul codice penale per la colonia ⁽²⁰⁴⁾, di norma, era applicabile solo ai cittadini italiani, perché per gli indigeni restava in vigore il diritto penale speciale fondato sulle consuetudini locali (come previsto dall’art. 3 della Legge 24 maggio 1903, n 205), tale regola però era soggetta a delle eccezioni. Innanzitutto, come abbiamo avuto modo di vedere, non veniva seguita per i delitti più gravi che, o non erano repressi con sufficiente severità dal diritto consuetudinario, o erano puniti con pene barbare e incompatibili con i criteri di civiltà, perciò questi reati maggiori commessi dagli indigeni erano deferiti alla Corte d’assise di Asmara, mentre per la minore delinquenza rimanevano competenti i funzionari amministrativi regionali che giudicavano secondo il diritto consuetudinario locale e venivano assistiti da un giudice indigeno. Una seconda eccezione, introdotta allo scopo di mantenere agli europei « la tutela di una legge frutto di uno stadio più elevato di civiltà », era costituita da quelle cause penali nelle quali l’autore era un suddito e l’offeso un cittadino italiano o straniero. In questo caso le pene erano aggravate proprio perché restasse elevato il prestigio del bianco di fronte al nero ⁽²⁰⁵⁾. Altra

⁽²⁰⁴⁾ Cfr. *Relazione del Procuratore generale barone Garofalo sul codice penale per la Colonia Eritrea approvato dal Consiglio Coloniale...*, in ASDMAE, ASMAI, *Fondo Tittoni-Pompilij, Archivio di Gabinetto Tittoni*, 1906-1909, cartella 1, p. 30.

⁽²⁰⁵⁾ « Perché una nazione civile possa riuscire nell’alta missione che viene ad assumere allorché recasi in paesi di civiltà inferiore, è necessario che la razza civilizzatrice goda, presso le popolazioni indigene, di un prestigio morale altissimo, senza del quale sarebbe impossibile la penetrazione della civiltà. E quantunque tale prestigio debba soprattutto derivare dalla più perfetta correttezza nell’amministrazione, occorre però che anche le leggi contribuiscano a mantenerlo alto, con le loro sanzioni. A questa necessità è ispirato il codice eritreo, sia, per esempio, quando esso considera come omicidio qualificato, punibile con la pena massima, quello commesso dall’indigeno contro il bianco, sia, in genere, quando reprime più efficacemente i delitti degli indigeni a danno degli europei. Ciò allo scopo di inculcare maggiormente nell’animo delle popolazioni locali, con l’efficacia preventiva che è tra i fini della legge penale, essere sempre cosa gravissima il commettere reati contro gli europei. Il radicare questa convinzione tra gli indigeni è una vera necessità politica per la conservazione della colonia »: *Relazione del Procuratore generale barone Garofalo...*, cit., p. 30.

eccezione era costituita dai reati commessi dagli indigeni contro la pubblica amministrazione che in colonia rappresentava « la somma degli interessi della razza dominante ». Infine, l'ultima eccezione era rappresentata dalla previsione di reati ignoti alle leggi e consuetudini indigene, come ad esempio, la bancarotta.

Il codice penale eritreo si collocava così fuori dallo schema codicistico che presuppone astratte condizioni paritarie di imputabilità e di responsabilità ⁽²⁰⁶⁾; le sanzioni penali non erano le stesse per europei e indigeni, in più i secondi venivano puniti più severamente nel caso che l'offeso fosse un europeo. Costituiva, in questo senso un vero e proprio codice razziale ⁽²⁰⁷⁾.

Il diritto penale eritreo, spogliato della dialettica tra misure di prevenzione e riconoscimento dei livelli di libertà che invece caratterizzavano il sistema italiano, si trasformava così in un puro strumento di dominio.

⁽²⁰⁶⁾ MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., p. 31. Sulle connotazioni del diritto penale coloniale vedi di recente W. NAUCKE, *Aspetti comuni nella recente storia europea del diritto penale e conseguenze per il dibattito attuale*, in S. MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, EST, 2004, p. 282.

⁽²⁰⁷⁾ Vedi il commento che del codice penale fa MONDAINI, *Manuale di Storia e Legislazione coloniale del Regno d'Italia*, Parte II, *Legislazione*, cit., pp. 46-47: « Il principio di una giustizia differenziale a seconda del colore, che nel codice civile abbiamo veduto appena far capolino, qui invece naturalmente si accentua. Incarnazioni pratiche di esso sono: l'applicazione anche all'indigeno del diritto bianco nel caso di offesa recata al bianco; la diversa sanzione stabilita per uno stesso delitto a seconda della razza del reo; l'inclusione di pene speciali per gli indigeni (la confisca dei beni, ad es., desunta dal diritto indigeno; la relegazione; le pene corporali fra cui la fustigazione; la stessa pena di morte, sia pure con tutti i contemperamenti, le garanzie, le precauzioni stesse del caso). Il colmo di questa giustizia differenziale, giustificato dal relatore Garofalo con la necessità politica di tenere elevato il prestigio del bianco di fronte all'indigeno (la commissione locale eritrea era andata anzi in questo molto più avanti di quella metropolitana), era l'aggravamento della pena per i delitti commessi da indigeni contro europei. Degna di rilievo, per compenso, è la cura manifesta nel codice penale eritreo di tener conto il più possibile delle costumanze penali indigene (esclusi, ad es. i sudditi o assimilati musulmani dalle pene per i reati di adulterio e di bigamia, quando ciò non costituisse reato presso la tribù dell'imputato; lasciata la pena in limiti molto ampi, perché il giudice nel caso di rei indigeni potesse variarne la graduazione da caso a caso, tenendo conto delle costumanze giuridiche e sociali delle singole tribù, etc.) ».

GIOVANNI FOCARDI

GLI « AFRICANI » DI PALAZZO SPADA: TRACCE BIOGRAFICHE DEI CONSIGLIERI DI STATO

Premessa. — 1. Il Consiglio di Stato e l'Africa: cenni sui pareri e sulle sentenze fino al 1939. — 2. L'istituzione della VI Sezione sull'Africa italiana. — 9. — 3. I consiglieri « africani ». — 4. Politica e tecnica nelle nomine. — 4.1. I presidenti di sezione. — 4.2. I consiglieri e i referendari del 1939. — 4.3. I consiglieri del 1940-1946. — 5. Epilogo: la continuità delle competenze e i « buchi neri » della memoria.

Premessa.

In questa sede si daranno delle informazioni sui magistrati appartenenti alla VI sezione per l'Africa italiana del Consiglio di Stato (da adesso CS) che si occuparono delle colonie; la sezione fu creata col Regio decreto legge (da ora Rdl) n. 478 del 6 febbraio 1939, e cominciò i suoi lavori il 23 settembre seguente ⁽¹⁾.

Il giudizio riguardo alla storiografia delle istituzioni coloniali come di una « storia trascurata » ⁽²⁾ è ancor più valido se rivolgiamo l'attenzione agli uomini che parteciparono agli organi giuridici e,

⁽¹⁾ Sui rapporti tra il Consiglio di Stato e le colonie, si possono trovare spunti in V. MELLANA, *L'amministrazione della giustizia nei territori oltremare*, tomo I, *L'amministrazione della giustizia in Eritrea e in Somalia (1869-1936)*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato (da ora Ips), 1971, *passim*; tomo II, *L'amministrazione della giustizia nell'Africa orientale italiana (A.O.I.) (1936-1941). Con cenni sull'amministrazione della giustizia in Somalia sotto mandato fiduciario internazionale affidato all'Italia (A.F.I.S.) (1950-1960)*, Roma, Ips, 1972, *passim*. Entrambi fanno parte delle pubblicazioni (per altro quasi sempre scadenti, per non dire mistificanti, dal punto di vista storiografico) curate dal Ministero degli affari esteri, Comitato per la documentazione delle attività italiane in Africa, *L'Italia in Africa*, serie giuridico amministrativa. Per uno sguardo d'insieme, cfr. la coeva opera di G. MONDAINI, *La legislazione coloniale italiana nel suo sviluppo storico e nel suo stato attuale (1881-1940)*, 2 voll., Milano, Ispi, 1941 (2° ed.).

⁽²⁾ L'espressione è in N. LABANCA, *Oltremare. Storia dell'espansione coloniale italiana*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 330, ma vedi pure p. 523.

nella fattispecie, ai magistrati. Una causa di tale fenomeno è stata senza alcun dubbio la partecipazione dei giuristi alla costruzione nel 1936-37 di una legislazione razziale da applicare nelle colonie ai nativi e agli apolidi, dunque prima delle leggi antiebraiche in vigore in Italia dal 1938; subito dopo, con l'esito fallimentare della guerra, è subentrata la volontà di non ricordare e di rimuovere dalla propria memoria questa vergogna nazionale.

Dopo il significativo articolo di Pietro Saraceno sulla *magistratura coloniale* apparso nel 1988 ⁽³⁾, la storiografia in merito è progredita di poco fatta eccezione per i recenti lavori di Luciano Martone sulla *Giustizia coloniale* e sui *Magistrati italiani nella colonia eritrea*, che trattano sia le istituzioni giudiziarie, e il loro funzionamento, sia i magistrati che ricoprirono quegli incarichi ⁽⁴⁾. In tale prospettiva si vuole collocare l'articolo: tuttavia l'aspetto descrittivo sarà prevalente perché non è mai stata fatta un'analisi di tipo prosopografico su questi consiglieri.

Già dalla fine dell'Ottocento il massimo organo di giustizia amministrativa aveva avuto modo di trattare questioni inerenti alle colonie: un riflesso di tale interesse è visibile ancora oggi nella sezione 'fondo antico' della biblioteca di Palazzo Spada, sede dell'istituto, che contiene numerose opere di soggetto coloniale. Per mettere a fuoco i singoli membri della VI sezione mi sono avvalso, in particolare, delle *relazioni*, pubblicate dal CS dal 1931 ⁽⁵⁾, che

⁽³⁾ P. SARACENO, *La magistratura coloniale italiana (1886-1942)*, in ID. (a cura di), *I magistrati italiani dall'unità al fascismo. Studi biografici e prosopografici*, Roma, Carucci Editore, 1988, pp. 225-240.

⁽⁴⁾ Alcuni cenni sul Consiglio di Stato sono nell'interessante libro di L. MARTONE, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Napoli, Jovene, 2002, pp. XXV, 39 e 59. ID., *Magistrati italiani nella colonia eritrea. Immagini d'Africa e riflessioni giuridiche (1886-1941)*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di A. Padoa Schioppa, G. di Renzo Villalta e G.P. Massetto, Milano, Giuffrè, 3 voll., 2003, tomo II, pp. 1375-1399.

⁽⁵⁾ CONSIGLIO DI STATO (da adesso Cs), *Il Consiglio di Stato nel biennio 1929-30. Relazione del presidente a s.e. il capo del governo*, Roma, Ips, 1931; Cs, *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-35. Relazione del presidente a s.e. il capo del governo*, 2 voll., Roma, Ips, 1937; Cs, *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40. Relazione del presidente al duce del fascismo capo del governo*, 2 voll., Roma, Ips, 1942; Cs, *Il Consiglio di Stato nel sessennio 1941-46. Relazione al presidente del Consiglio dei ministri*, 2 voll., Roma, Ips, 1949.

riportano similmente a un massimario i temi dell'attività; e degli *annuari* editi, invece, dal 1900 e ricchi di informazioni biografiche (6). La fonte principale è costituita dai fascicoli personali depositati presso il CS, gran parte dei quali relegati in una stanzina di una delle soffitte dell'edificio; inoltre, ho pure utilizzato alcune voci già redatte per il *Dizionario biografico dei consiglieri* (7).

L'uso di questo tipo di documentazione permette quasi sempre di ricostruire i precedenti della carriera di un funzionario che entrava al CS in età avanzata (8); oltre a una serie di informazioni definite « Generalità, condizioni di famiglia, studi, decorazioni, menzioni onorevoli e titoli onorifici », e il ruolo militare, i *prospetti biografici* riportano tutti i passaggi, le promozioni, il grado ricoperto, la sede di servizio, lo stipendio percepito da ciascun magistrato. In un fascicolo personale si possono trovare incartamenti concernenti gli incarichi ricevuti, come la partecipazione a commissioni concorsuali o di altro genere nelle amministrazioni pubbliche; lettere, manoscritte o dattiloscritte, con vari tipi di richieste (dalla tessera ferroviaria al rilascio in copia di qualche certificato), ma anche di saluto, di ringraziamento; ritagli di giornali su avvenimenti che videro protagonista il singolo consigliere, compreso il necrologio suo o di uno stretto familiare; il dossier relativo al procedimento di epurazione, previsto per legge, per tutti i magistrati. Infatti, la normativa dispose che vi fossero sottoposti tutti i funzionari statali di livello superiore al VII: i magistrati amministrativi, a partire dai referendari che appartenevano al VI grado, vi rientrarono tutti.

A sua volta quest'ultimo, talora assai voluminoso tal'altra scarno, può contenere uno o più fascicoli nei quali si era suddiviso il procedimento epurativo con le carte dell'accusa e della difesa: dal momento che si addebitavano illeciti commessi anche venti anni

(6) In particolare cfr. XXXII *Annuario del Consiglio di Stato, anno 1939-XVIII*, Roma, Ips, 1940, pp. 44 e 85-86.

(7) Sul *Dizionario*, rinvio a G. FOCARDI, *Les conseillers d'État. Thèmes et problèmes d'une recherche en cours*, intervento al convegno *Les Élités administratives en France et en Italie. Journée d'études franco-italienne*, Paris 25 aprile 2003, atti in corso di stampa.

(8) Si diventava consiglieri per nomina governativa (talora, anche pochi anni prima del pensionamento) o per via concorsuale: dunque fare il concorso per referendario, per passare dopo almeno un quadriennio a primo referendario e, dopo un altro biennio, si maturava l'anzianità di servizio per la nomina a consigliere.

prima, ci si imbatte in vere e proprie relazioni che ricostruiscono la vita di un *uomo* (la prima *donna* consigliera di Stato arriverà nel 1982). È ovvio che quella narrazione offre un'immagine *pro domo sua*, non di meno con le 'deduzioni' del difensore, corroborate talvolta da altre testimonianze fornite per scagionarsi dall'accusa, è possibile farsi un'idea su chi fossero quei magistrati ⁽⁹⁾.

Tra i limiti di questo scritto ce ne sono alcuni inerenti alle fonti, altri ai temi trattati: ovvero non sono stati utilizzati gli atti parlamentari e i periodici di settore che, in alcuni casi avrebbero potuto aiutare a completare la conoscenza dei singoli giudici, e solo in parte si è fatto ricorso alla loro produzione bibliografica ⁽¹⁰⁾; si è rinunciato a cercare documentazione all'archivio del dicastero degli Esteri, e in altri fondi dell'Archivio centrale dello Stato, come la « Segreteria particolare del duce ».

Un altro aspetto meritevole di analisi sono i rapporti che con la questione coloniale ebbero altri magistrati amministrativi, soprattutto nel periodo liberale: scorrendo la lista dei membri del CS si incontrano i nomi di Giovanni Giolitti, Attilio Brunialti, Ruggero Bonghi, Carlo Schanzer. Personalità politiche e importanti *grands commis* dello Stato, coinvolti a vario titolo nell'avventura coloniale italiana, testimoni dell'osmosi tra carriera amministrativa — giudiziaria, ma non soltanto — e carriera politica, fenomeno che aveva contraddistinto l'*élite* dirigente italiana. Infine è opportuno specificare che qui si concentra lo sguardo su un gruppo di magistrati residenti a Roma, ma spesso con precedenti esperienze di questioni internazionali, e anche di avventure coloniali. È quasi scontato sottolineare che la relativa brevità dell'esperienza coloniale italiana, ancor più limitata nel tempo ove si pensi ai periodi di pace, non permise di creare dei giudici autoctoni o indigeni; oltre al fatto che tale ipotesi, forse praticabile per l'Eritrea o la Libia negli anni 1910-20, non era certo prevista per l'impero del 1936-41 ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ G. FOCARDI, *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, in « Passato e presente », n. 64, a. XXIII, 2005, pp. 61-87.

⁽¹⁰⁾ Uno spoglio sistematico di alcune pubblicazioni, come per esempio la « Rivista di diritto coloniale » o la « Rivista giuridica coloniale », potrebbe fornire indicazioni ulteriori.

⁽¹¹⁾ E. CAPUZZO, *L'organizzazione coloniale italiana tra guerra e dopoguerra*, in « Clio », a. XXXIII, n. 1, 1997, pp. 93-112.

1. *Il Consiglio di Stato e l'Africa: cenni sui pareri e sulle sentenze fino al 1939.*

Durante i primi decenni del secolo, pochi furono gli affari seguiti dal CS concernenti le colonie anche perché fino al 1912, anno di creazione del Ministero per le colonie, questi erano stati suddivisi tra il Ministero degli esteri, la Presidenza del Consiglio dei ministri e i dicasteri militari. Nel 1903 era stato istituito il Consiglio coloniale per gli affari dell'Eritrea, estesosi nel 1908 pure a quelli della Somalia, e nel 1914 il Comitato superiore amministrativo per le questioni della Tripolitania e della Cirenaica. Questi due organi furono soppressi nel 1922 all'atto della creazione del Consiglio superiore coloniale (Rdl n. 1817, 31 dicembre 1922) la cui composizione, cambiata più volte negli anni, registrava la presenza di 2 magistrati del CS, 4 rappresentanti delle Camere legislative, uno ciascuno per la Corte dei conti e l'Avvocatura generale dello Stato, altri di vari dicasteri ed enti, oltre che di elementi tecnici ed esperti in materia coloniale. In totale tra i 20 e i 30 membri divisi in tre sezioni con competenze in materia legislativa, amministrativa e tecnica; il Consiglio, presieduto dal sottosegretario di Stato per l'Africa italiana, emetteva voti puramente consultivi e di regola non vincolanti l'azione del ministro ⁽¹²⁾.

Se il Consiglio superiore coloniale aveva avuto competenza sugli affari riguardanti i domini africani, il CS si occupò di quelli « riguardanti l'Amministrazione centrale dell'Africa italiana, la quale in massima è regolata dagli ordinamenti vigenti nel Regno, [...] in tutti quei casi, nei quali quegli ordinamenti lo prescrivono » ⁽¹³⁾. Nelle parole del segretario capo del Consiglio superiore coloniale Adolfo Parpagliolo, Santi Romano « aveva da tempo visto il problema

(12) A. PARPAGLIOLO, *Gli affari dell'Africa italiana al Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. III *Diritto internazionale — Diritto coloniale — Diritto corporativo*, Padova, Cedam, 1940, p. 384; ID., *Consiglio superiore coloniale*, in *Nuovo digesto italiano*, III, a cura di M. D'Amelio, con la collaborazione di A. Azara, Torino, Utet, 1938, pp. 936-937. E. CAPUZZO, *Per una storia degli organi consultivi dell'amministrazione coloniale italiana: la creazione del Consiglio coloniale*, in « Clio », a. XXXI, n. 4, 1995, pp. 549-565; ID., *Sulla giustizia amministrativa nelle colonie italiane*, in « Clio », a. XXXII, n. 2, 1996, pp. 233-250.

(13) PARPAGLIOLO, *Gli affari dell'Africa italiana al Consiglio di Stato*, cit., p. 389.

dell'esistenza di consigli speciali nei riguardi del Consiglio di Stato e lo aveva considerato come problema grave, da affrontare risolutamente con direttive precise e rigorose ». Questo significò una razionalizzazione e centralizzazione degli organi di ausilio e di consulenza dell'amministrazione pubblica e, in particolare, della trasformazione del CS nel principale di questi organi. Da qui un'oculata attenzione a non disperdere i propri magistrati, la cui presenza era richiesta nei diversi collegi tecnici e consigli superiori afferenti ad altri dicasteri ma, al contrario, a tenerli maggiormente presso la Presidenza del Consiglio dei ministri: in questa ottica i provvedimenti del 1931, che portarono il CS alle dirette dipendenze proprio della Presidenza del Consiglio, sancirono la preminenza di Mussolini, non solo duce del fascismo, ma sempre più capo del governo ⁽¹⁴⁾.

Nel corso degli anni '20 il CS aveva trattato alcune questioni in tema di cittadinanza, o di disposizioni sul riordinamento del personale dipendente dall'Amministrazione coloniale, sia nella carriera che nella risoluzione del rapporto d'impiego. Nel biennio 1929-30, oltre ad alcune sentenze sui due temi suddetti, furono appena 17 gli affari pervenuti dal dicastero delle Colonie alla II sezione, di cui 7 portati in adunanza generale; per dare un elemento di confronto, nello stesso periodo la II sezione aveva ricevuto più di 2.100 affari, di cui oltre 900 dal Ministero dei lavori pubblici e quasi 600 da quello della Giustizia e degli affari di culto. Le poche pagine, 5 su oltre 950 della *Relazione* del 1929-30, intitolate *l'amministrazione coloniale* sono forse il segno più evidente della scarsa importanza che avevano le colonie per il consesso amministrativo ⁽¹⁵⁾.

Anche nel quinquennio 1931-35 furono pochi gli argomenti *coloniali* di cui si occupò il CS: tra gli altri, alcune indennità del trattamento economico dei governatori; una vertenza sugli impiegati postelegrafonici di servizio in Libia, che non furono considerati di ruolo; più frequenti, alcune questioni inerenti la valutazione del servizio militare prestato dagli ufficiali. Le pagine sull'amministrazione coloniale erano diventate 7, a fronte però di due volumi di oltre 2.000 pagine: l'argomento principale ivi trattato era quello dell'alienazione di alcuni beni patrimoniali della Libia da parte

⁽¹⁴⁾ Ivi, cit., p. 391.

⁽¹⁵⁾ Cs, *Il Consiglio di Stato nel biennio 1929-30*, cit., pp. 741-745.

dell'Amministrazione. In cinque anni la II sezione ricevette 47 affari dal Ministero delle colonie rispetto agli oltre 2.100 dei Lavori pubblici e ai quasi 5.000 totali ⁽¹⁶⁾.

Nei due volumi della *Relazione* del 1936-40, oltre alle consuete questioni legate alle indennità coloniali degli ufficiali, si riscontra un aumento delle questioni coloniali poiché, rispetto alle 1.600 pagine, ve ne sono 17, intitolate *Amministrazione dell'Africa Italiana*, a cui aveva collaborato il consigliere Tullio Colucci ⁽¹⁷⁾. Di norma, anche in questi anni, si trattò di temi di giustizia amministrativa per i quali il CS interveniva in quanto giudice competente per le leggi generali vigenti nel Regno.

In sostanza non sembrava che vi fosse la necessità di un'apposita sezione *ad hoc* per dirimere le controversie riguardanti i pareri, e soltanto quelli, dell'Africa italiana: ragionando sul numero degli affari trattati, sarebbe stata giustificata la creazione di una sezione solo per le richieste di consulenza provenienti dal Ministero dei lavori pubblici o dai dicasteri finanziari. La scelta del 1939 fu espressione di un calcolo quasi esclusivamente politico o, per meglio dire, di propaganda politica, al fine di dare una maggiore visibilità *istituzionale* al nuovo impero da poco formato.

2. *L'istituzione della VI Sezione sull'Africa italiana.*

Il Rdl n. 478 soppresse il Consiglio superiore coloniale, le cui attribuzioni furono conferite al CS che istituì una sezione consultiva speciale, ovvero la VI sezione per gli affari relativi all'Africa italiana. Il Rdl stabilì che gli affari potessero essere studiati e preparati sia dalla sezione che dalle commissioni speciali previste dal testo unico delle leggi del CS del 1924; talora infatti il presidente del CS creava delle commissioni composte da membri di differenti sezioni per risolvere questioni particolari. Restavano funzionanti le consulte corporative del dicastero dell'Africa italiana che avevano competenze per affari di materie economiche e sociali.

Si può presumere che il presidente del consesso amministrativo, il giurista Santi Romano, fosse del tutto d'accordo con tale norma-

⁽¹⁶⁾ Cs, *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-35*, cit., vol. II, p. 918.

⁽¹⁷⁾ Cs, *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-40*, cit., vol. II, pp. 241-258.

tiva perché il CS guadagnava, per così dire, delle competenze in una materia dove le aveva perse da oltre trent'anni; inoltre, tale compito si accordava con la linea generale perseguita dal fascismo sin dalla fine degli anni '20 di razionalizzare, accentrando, le funzioni consultive in un unico organo centrale. Proprio nel discorso d'insediamento di Romano, rileva Guido Melis, si sostenne che il CS era diventato « il consulente del Governo in materia tecnico-amministrativa, così come il Gran Consiglio ne era divenuto, per la riforma costituzionale, il consulente in materia politica. Si profilava così, dietro l'enfasi posta sul Consiglio di Stato, un modello centralistico (e verticistico) di gestione politico-amministrativa, nel quale, ridotto ormai a comprimario il Parlamento, lo spazio degli stessi ministeri e delle rispettive burocrazie si riduceva a vantaggio del capo del Governo, assistito dal massimo organo di consulenza » (18).

Facendo un passo indietro, si deve notare che già in un'altra occasione il CS aveva avuto una « VI sezione »; infatti a seguito delle acquisizioni territoriali dopo la *Grande guerra*, il governo aveva costituito una sezione per le « nuove province » che però ebbe vita breve. Allora, il problema era stato quello di armonizzare la legislazione italiana con quella del precedente Impero austro-ungarico risolvendo tutta una serie di quesiti amministrativi, nonché di situazioni di diritto positivo. Importante fu il ruolo ricoperto da Francesco Salata, futuro consigliere di Stato proprio nella sezione *africana*. I provvedimenti di riduzione della spesa pubblica del primo esecutivo Mussolini e la fine dell'implementazione della legislazione italiana nelle terre ex irredente portarono all'abolizione della VI sezione nel 1923.

« La nuova sezione del Consiglio di Stato, pur essendo consultiva, non ha seguito la numerazione delle altre tre sezioni consultive ed è stata numerata sesta, per lasciare a quelle giurisdizionali la numerazione di quarta e quinta, che ormai, per tradizione, ne identifica la competenza ». Così Parpagliolo spiegò la scelta della numerazione della nuova sezione solamente consultiva (19).

(18) Cfr. G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2004, p. 44.

(19) PARPAGLIOLO, *Gli affari dell'Africa italiana al Consiglio di Stato*, cit., p. 383.

In generale, l'emanazione di norme aventi forza di legge (di solito decreti, regolamenti e ordinanze dei governatori) avvenne tramite decreti reali, o su proposta del dicastero delle Colonie, poi Africa italiana dal 1937, udito il parere del Consiglio superiore coloniale, poi dalla sezione per l'Africa italiana del CS dal 1939, e previa deliberazione del Consiglio dei ministri ⁽²⁰⁾.

TAB. N. 1: *Numero e tipologia degli affari ricevuti dalla VI sezione.*

	Affari rice- vuti	Trat- tati	All'ad. gen.	Impie- gati	con- tratti	De- creti minist.	Decre- ti regi	con- ces- sioni	transa- zioni	altri
1939	49	36	12	10	8	9	14		4	4
1940	133	73	57	9	37		58	7	5	16
1941	73	43	29	9	8	1	23	6	6	18
1942	54	30	20	3	7	2	25	1	5	11
1943	75	69	6	4	3	2	6		58	2
1944	0									
1945	8	6							4	4
1946	14	9	4	1		2			3	7
1947	5	1	2			2			1	2
totale	411									

Riassumere in una tabella il numero degli affari e la loro tipologia trattati dalla VI sezione può servire per qualche osservazione ulteriore, in particolare per un'analisi dettagliata che tenga conto degli eventi bellici.

La VI sezione ricevette 49 affari tra il 23 settembre e il 31 dicembre 1939. Di questi 10 riguardarono l'assunzione di impiegati a contratto speciale; 8 contratti per appalti, progetti e forniture; 9 decreti ministeriali per concessioni agricole, piani di colonizzazione o di lottizzazione, regolamenti e ricorsi gerarchici; 14 regi decreti su vari temi come erezioni in ente morale, statuti, regolamenti, ordinamenti dell'Avvocatura dello Stato in Libia e quello giudiziario in Somalia, malattie tropicali e cessioni d'immobili e aree demaniali; infine vi furono altri 8 affari. La sezione aveva definito 36 questioni, e dunque prodotto 36 pareri, mentre 12 furono inviati all'adunanza

⁽²⁰⁾ MELLANA, *L'amministrazione della giustizia nei territori oltremare*, tomo II, *L'amministrazione della giustizia nell'Africa orientale italiana*, cit., p. 228.

generale del CS, istanza a cui partecipavano tutti i magistrati, dove si dibattevano per legge i casi inediti, quelli più importanti o di più difficile risoluzione o, infine, dove la singola sezione non era riuscita a trovare una risposta da dare ad un determinato quesito ⁽²¹⁾.

L'anno seguente gli affari giunti tra il 1° gennaio e il 31 dicembre furono 133, di cui 37 su contratti comprendenti — oltre progetti e appalti — perizie, sanatorie e acquisti in economia; imprese pubbliche o private avevano fittato l'affare dell'avventura coloniale e si erano proposte per rifornire l'Africa italiana di beni e servizi. La sezione definì 73 affari, mentre 57 furono inviati all'adunanza generale, a dimostrazione che spesso la normativa amministrativa s'imbatteva in casi inediti o di complessa risoluzione. L'alto numero, 58 regi decreti e regolamenti dei quali 28 aventi efficacia di legge formale, può spiegarsi con l'ingresso in guerra e, in senso speculare, solo 3 pareri furono resi sui piani di colonizzazione e lottizzazione ⁽²²⁾. Rispetto alle migliaia di pareri che trattavano le altre sezioni, sia consultive sia giurisdizionali, lo scarso afflusso di lavoro, che pure è il più alto di questo periodo, determinò che i consiglieri in servizio alla VI prestassero la loro opera anche in altre sezioni.

Nel 1941 gli affari calarono a 73, di cui 8 sui contratti, in forte calo; 9 sugli enti, come fondazioni, erezione in ente morale e statuti. La guerra si faceva sentire, come dimostra l'unico affare trattato per una concessione agricola; la sezione definì da sola 43 pareri e 29 con l'adunanza generale ⁽²³⁾.

Nel 1942 giunsero 54 affari: oltre ai 25 sui decreti reali, se ne

⁽²¹⁾ XXXII *Annuario del Consiglio di Stato*, cit., p. 62. Riguardo agli affari sulle questioni agricole, sarebbe forse utile compiere un'ulteriore ricerca per verificare se vi furono dei conflitti di interesse tra gli enti pubblici di colonizzazione « Romagna d'Etiopia », « Puglia d'Etiopia » e « Veneto d'Etiopia », enti dunque "regionali" « e dietro ai quali stavano specifiche personalità del regime, rispettivamente Mussolini, Achille Starace, 1889-1945, e Suardo ». Riprendo questa informazione da LABANCA, *Oltremare*, p. 327.

⁽²²⁾ XXXIII *Annuario del Consiglio di Stato*, anno 1940, Roma, Ips, 1941, p. 65.

⁽²³⁾ XXXIV *Annuario del Consiglio di Stato*, anno 1941, Roma, Ips, 1942, pp. 60-61; sappiamo anche che la sezione si riuni 34 volte. Alcuni dei pareri più importanti, oltre che alcune delle principali sentenze, sono riportati nel V capitolo *Amministrazione dell'Africa italiana*, alla cui stesura aveva collaborato Parpagliolo, in *Il Consiglio di Stato nel sessennio 1941-1946*, cit., vol. II, pp. 152-165.

segnalano 3 sulla famiglia, in particolare per il riconoscimento di prole adulterina; in forte calo gli affari inerenti agli impiegati e alla loro carriera perché, con tutta probabilità, erano assai di meno coloro che potevano ricorrere al CS dopo la perdita dell'intera Africa orientale. È curioso notare che le adunanze tenute furono ben 39: in pratica ad ogni riunione si trattavano uno o due pareri, mentre le altre sezioni consultive superavano talora la cinquantina in una sola seduta, riuscendo a risolvere 30 affari e inviandone 20 all'adunanza generale (24). Ci sembra questo un elemento che porta a concludere sull'inutilità pratica, nella ripartizione del lavoro interno per il CS, di avere una sezione specifica per l'Africa italiana.

Nel 1943 la sezione trattò 75 affari, di cui solo 3 contratti e ben 58 transazioni, un sintomo evidente che si tentava di giungere ad accordi diretti « *a prevenire e a estinguere una lite* » stipulando dei contratti onerosi (25). In quell'anno crollarono gli affari definiti in adunanza generale, 6, un segno che non vi erano più novità e casi difficili o inediti, ma che si stava consolidando una tipologia di affari circoscritta; inoltre vi contribuì il fatto che l'adunanza generale dopo l'8 settembre non si sarebbe più riunita (26). In seguito alle turbolenti vicende dell'estate 1943 il CS fu costretto ad interrompere la propria attività consultiva dall'autunno fino all'estate del 1944 poiché molti magistrati si diedero per malati o si nascosero per alcuni mesi; durante la Repubblica sociale italiana le 4 sezioni consultive e l'adunanza generale non funzionarono, al contrario dell'unica sezione giurisdizionale messa in piedi a Cremona. Parimenti, aspettando di rientrare a Roma, il governo del Regno del sud non approntò nessun tipo di organo consultivo, in presenza sia di una ridotta sovranità territoriale, sia del controllo degli Alleati.

Nel 1945 la VI sezione riprese il suo *normale* svolgimento trattando 8 affari pervenuti dal Ministero dell'Africa italiana, di cui

(24) XXXV *Annuario del Consiglio di Stato, anno 1942*, Roma, Ips, 1943, pp. 65-66. Il dato sulle altre sezioni è desunto dalla ricerca in corso sulle biografie per il *Dizionario* ed è verificabile consultando 'a caso' la documentazione di ciascuna singola sezione presso l'Archivio centrale dello Stato.

(25) G.B. SILVESTRI CAMAGNA, *Nuovo digesto italiano*, XII, p. 2^a Tat-Z, Torino, Utet, 1940, *ad vocem*, p. 273 (corsivo nell'originale).

(26) XXXVI *Annuario del Consiglio di Stato, anni 1943-44-45*, Roma, Ips, 1947, pp. 79-80.

4 erano transazioni ⁽²⁷⁾, mentre nel biennio successivo gli affari furono 14 e 5 ⁽²⁸⁾.

Anche secondo questa analisi, che dimostra la scarsa quantità di lavoro, ci si induce a pensare che i motivi della creazione della VI sezione vadano cercati nella volontà, tutta politica, di dare all'impero un *posto al sole* a livello di istituzioni dell'amministrazione centrale: tra l'altro, in quegli anni furono attivati dei corsi universitari in materie coloniali nelle facoltà giuridiche e in quelle « nuove » di scienze politiche, così da offrire nuove tribune, o altre *sponde*, propagandistiche all'impresa coloniale ⁽²⁹⁾. Si potrebbe quindi ipotizzare che vi fosse pure un *arrière-pensée* di tipo discriminatorio: ovvero in una prospettiva futura di pace, la sezione si sarebbe dovuta occupare di casi coinvolgenti i meticci e forse gli « indigeni » e, dunque, *sudditi* sottoposti ad una legislazione in parte diversa da quella vigente nel resto dell'impero ⁽³⁰⁾.

3. *I consiglieri « africani ».*

Adesso vediamo più da vicino questi consiglieri di Stato « africani » cominciando col delineare la loro presenza nella VI sezione.

Il primo presidente di sezione fu Salvatore Gatti; tra i membri vi furono i consiglieri Tullio Colucci, Giuseppe Bruni (che però era nella posizione di “fuori ruolo”, in quanto a disposizione del Ministero dell'Africa italiana), Carlo Pini, Adolfo Parpagliolo, e i due referendari Luigi Mosca e Agostino Chiofalo ⁽³¹⁾. Nel 1940 entrarono i consiglieri Ottorino Carletti, già generale di corpo d'armata, il governatore onorario della colonia Eritrea Corrado Zoli e Alberto De Marsanich, mentre non ne faceva più parte Mosca, e Chiofalo era

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 116.

⁽²⁸⁾ XXXVII *Annuario del Consiglio di Stato, anni 1946-1947*, Roma, Ips, 1947, pp. 92-93 e 120.

⁽²⁹⁾ MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., p. 55. Andrebbe forse compiuta un'indagine quale quella fatta da G. CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, Milano, Giuffrè, 1984.

⁽³⁰⁾ E. CAPUZZO, *Sudditanza e cittadinanza nell'esperienza coloniale italiana dell'età liberale*, in « Clio », a. XXXI, n. 1, 1995, pp. 65-95.

⁽³¹⁾ Queste informazioni si ricavano dai diversi *Annuari*, di cui alle precedenti note.

diventato primo referendario; nel 1941 fu la volta del presidente di sezione, e senatore, Francesco Salata che si affiancò a Gatti, del consigliere Giuseppe Scalise, mentre non risultavano più Bruni e Carletti, quest'ultimo deceduto nel mese di aprile. Nel 1942 Salata fu collocato fuori ruolo e De Marsanich passò ad altra sezione.

L'anno successivo la sezione risultò così composta: presidenti Gatti e Salata "fuori ruolo"; consiglieri Scalise, Zoli Colucci, Pini e Parpagliolo, primo referendario Chiofalo ⁽³²⁾.

TAB. N. 2: *Composizione annuale della VI sezione. Non ci sono dati per il 1944, anno in cui la sezione non funzionò.*

Anno	Presidente	Membri
1939	Gatti	Colucci, Bruni (f. r.), Pini, Parpagliolo, Mosca, Chiofalo
1940	Gatti	Carletti, Zoli, De Marsanich, Colucci, Pini, Parpagliolo, Chiofalo
1941	Gatti, Salata	Scalise, Zoli, Colucci, Pini, Parpagliolo, Chiofalo
1942	Gatti, Salata (f. r.)	Scalise, Zoli, Colucci, Pini, Parpagliolo, Chiofalo
1943	Gatti, Salata (f. r.)	Scalise, Zoli, Colucci, Pini, Parpagliolo, Chiofalo
1944		
1945	Petretti	C. Bozzi, Colucci, Parpagliolo, Stumpo, Gallo
1946	Petretti	Scalise, Colucci, Parpagliolo, Mosca
1947	Petretti	Colucci, Parpagliolo, Mosca, Chiofalo, Bolaffi (f. r.), Sangiorgio, Aru

La fine della dittatura fascista scosse in profondità il *grand corps*. Per gestire gli affari pendenti di un'Africa che, dopo la sconfitta bellica del 1941 (quella Orientale) e 1943 (quella libica), restava "italiana" soltanto sulla carta — e neppure quella, dopo il trattato di pace del 1947 — il CS, colpito dalle misure di defascistizzazione, immise nuovi elementi nella VI sezione, cosicché due anni dopo la sua composizione era la seguente: presidente facente funzioni Arnaldo Petretti; consiglieri Carlo Bozzi, Colucci, Parpagliolo, Giuseppe Stumpo, Mario Gallo ⁽³³⁾. Due soli furono i membri che, in

⁽³²⁾ XXXVI *Annuario del Consiglio di Stato*, cit., p. 51.

⁽³³⁾ Ivi, p. 62.

primo grado, si salvarono dai procedimenti di epurazione che avevano coinvolto quasi tutto l'organico dei magistrati.

La scarsa attività del dicastero, ormai in situazione di « stralcio », limitò il numero dei membri appartenenti alla sezione anche nel biennio 1946-1947: al ritorno di Mosca si contrapponevano le partenze di Bozzi, Stumpo e Gallo, ovvero dei tre consiglieri subentrati verso la fine del 1944, momento di massima carenza di magistrati del CS; infatti questi tre furono poi assegnati ad altre sezioni. Nel 1947 ritornò Chiofalo insieme a tre *nuove* leve: Gino Bolaffi, Giuseppe Sangiorgio e Luigi Aru ⁽³⁴⁾.

Riassumendo, negli 8 anni considerati, furono 19 i magistrati che prestarono servizio nella VI sezione; se Parpagliolo e Colucci furono sempre presenti, altri fecero una fugace apparizione.

4. *Politica e tecnica nelle nomine.*

4.1. *I presidenti di sezione.*

Cominciando dai presidenti di sezione, cerchiamo di capire quali furono i motivi sottesi alle scelte, per tentare di capire la *politica* delle nomine effettuate, ovvero provare a focalizzare se le decisioni erano riconducibili a qualità tecniche o a fedeltà politiche.

Gatti (Anagni, 1879) si laureò a Genova in giurisprudenza nel 1900, e l'anno successivo entrò per concorso nell'amministrazione giudiziaria; nel 1910, sempre per concorso, passò al CS come referendario e negli anni della guerra ricoprì numerosi incarichi in amministrazioni e magistrature speciali. Nel 1920 fu nominato segretario generale della Commissione d'inchiesta per le terre liberate. Iscrittosi al Partito nazionale fascista (da ora Pnf) nel febbraio 1923, e in rapporti amichevoli con alcuni gerarchi (M. Bianchi, I. Balbo, A. Starace) ⁽³⁵⁾, Gatti era stato intanto eletto come deputato nel 1924 e nominato senatore nel 1929. Di lui si ricorda il ruolo avuto nell'Istituto nazionale fascista delle assicurazioni, prima come consigliere di amministrazione e commissario poi come presidente e direttore generale

⁽³⁴⁾ XXXVII *Annuario del Consiglio di Stato*, pp. 50 e 57.

⁽³⁵⁾ Illuminanti varie lettere di Starace, in ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, Partito nazionale fascista, senatori e consiglieri nazionali, b. 13, f. 290 « Gatti ».

(1923-1929). Consigliere di Stato nel 1919, Gatti divenne presidente di sezione nel 1934 contro « l'esplicito parere » del presidente Romano che ritenne « un'ingiustizia » quella promozione (avrebbe infatti voluto un altro consigliere con anzianità maggiore); per legge tale nomina spettava alla Presidenza del Consiglio che decideva in modo discrezionale, quasi sempre però seguendo il parere del presidente del CS basato, a sua volta, sull'anzianità di servizio.

Fornito di una solida ed estesa cultura giuridica, il 4 agosto 1939 fu nominato presidente della VI sezione *africana*, « al cui impianto contribuì notevolmente, sia sul piano organizzativo che attraverso la sua opera di guida dell'attività istituzionale »⁽³⁶⁾. Dunque il senatore e presidente di sezione Gatti riuniva in sé diverse qualità tecniche e politiche che lo resero un elemento fidato e sicuro sia per Santi Romano, sia per Mussolini.

Per aver « partecipato attivamente alla vita politica del fascismo come Sottosegretario di Stato, come deputato e come senatore nonché conseguita la promozione al grado attuale con vantaggio su colleghi più anziani pel favore e l'appoggio del partito fascista »⁽³⁷⁾, quest'ultima in particolare per le pressioni del segretario del Pnf Starace, Gatti fu dispensato dal servizio, in primo grado, in seguito alle norme per la defascistizzazione delle amministrazioni nel dicembre 1944, nonostante avesse controbattuto alle accuse con le proprie deduzioni e diversi documenti a lui favorevoli: in appello chiese il collocamento a riposo a sua domanda, così da interrompere il procedimento a suo carico.

Pochi mesi prima dell'istituzione della sezione, il 16 marzo 1939 Romano inviò una lettera a Giacomo Medici Del Vascello, sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri, in cui, ricordando l'imminente nomina del personale da assegnare alla VI, segnalava: « Per effetto del R.D.L. che ha istituito presso questo

(36) Cfr. la voce, scritta da G. Melis, in *Dizionario biografico*, cit., pp. 314-320, qui p. 317. Dal 1940 Gatti presiedette la Commissione centrale per i ricorsi in materia di imposte e tasse nell'Africa Orientale Italiana e, dal 1943, fu membro di quella per la legislazione e predisposizione dei piani di avvaloramento dell'Africa Italiana.

(37) ARCHIVIO DEL CONSIGLIO DI STATO (da ora ACS), fascicolo personale (da ora f.p.), "Salvatore Gatti" n. 665. Durante gli anni all'Ina, fu imputato a Gatti di aver compiuto « favoritismi nell'assunzione del personale e nella concessione di agenzie e lucrando per sé ingenti somme con metodi che lasciano adito a sospetti ».

Consiglio una nuova Sezione per gli affari dell’Africa Italiana, occorre provvedere alla nomina di un Presidente di Sezione, di due Consiglieri e di cinque tra i primi referendari e referendari, fra i quali due a scelta del Duce. Per il Presidente di Sezione, ove si ritenesse di dover seguire il criterio tradizionale dell’anzianità congiunta al merito, la nomina dovrebbe cadere sul Consigliere Salata Gr. Cr. Francesco — Senatore del Regno, nobile figura di patriota, giurista scrittore di gran fama, insigne magistrato, già presidente ff. della Sezione Sesta per le nuove province.

Tuttavia, nell’eventualità che si ritenesse opportuno di far cadere la scelta fra i più designati, segnalo in ordine di anzianità i seguenti consiglieri: Castelli [...]. Rocco [...]. Lissia [...]. Malinverno. [...] Petretti [...]. Unisco brevi cenni biografici sui designati. Per quanto riguarda i consiglieri di Stato e i due referendari da nominarsi dal Duce, mi permetto di insistere sull’opportunità già rilevata, che nella prima applicazione della legge, la scelta cada su funzionari dell’Amministrazione dell’Africa Italiana, che sono particolarmente esperti nelle materie coloniali attribuite alla competenza della nuova Sezione di questo Consesso » ⁽³⁸⁾.

La lettera proseguiva con i « brevi cenni biografici » nei quali Romano metteva in rilievo, oltre alle consuete benemerienze fasciste del periodo quale l’iscrizione al Pnf, la razza ariana e lo stato civile di coniugato, i principali incarichi ricoperti dai consiglieri prima di arrivare al CS, o durante la loro carriera presso Palazzo Spada. Quindi si evince in modo chiaro che il criterio della competenza fosse primario, nel calcolo di Romano, per scegliere i magistrati amministrativi, ed a questo si aggiungeva quello dell’anzianità per la scelta del presidente di sezione.

Se Mussolini nominò Gatti, e solo nel 1941 sarebbe arrivato Salata, ciò significa che, in ultima analisi, prevalsero le qualità *politiche* su quelle *tecniche* di Gatti. Così in una lettera successiva del 4 luglio 1939, costretto a rivedere la sua proposta iniziale, Romano avanzò il nome di Gatti come presidente per la nuova sezione ⁽³⁹⁾.

Il secondo presidente fu appunto Salata (Istria, 1876) che, dopo aver studiato diritto a Vienna e a Graz senza terminare gli esami,

⁽³⁸⁾ ACS, f. p., “Arnaldo Petretti” n. 723.

⁽³⁹⁾ ACS, f. p., “Salvatore Gatti” n. 665.

divenne deputato della locale Dieta provinciale dell'Istria; irredentista, tra i capi del movimento nazionale della Venezia Giulia, fu redattore de *Il Piccolo* di Trieste e nel 1915 si rifugiò esule in Italia, entrando poi al Segretariato generale per gli affari civili, un organo creato presso il Comando supremo. Salata fu nominato prefetto nel marzo 1919 e alcuni mesi dopo fu chiamato a dirigere l'Ufficio centrale per le nuove province ⁽⁴⁰⁾; prese poi parte alla delegazione italiana per la conferenza di pace di Parigi. Nel marzo del 1920 fu nominato consigliere di Stato e incaricato di dirigere la nuova VI sezione ⁽⁴¹⁾; in seguito continuò ad alternare la sua attività di magistrato con quella di diplomatico in servizio al Ministero degli esteri partecipando, per esempio, alle trattative di Rapallo: nello stesso anno, 1920, fu nominato senatore. Nell'autunno del 1937 fu richiamato da Vienna perché non favorevole alla politica di avvicinamento dell'Italia alla Germania che prevedeva la fine dell'indipendenza austriaca. Iniziò quindi un periodo di declino della sua influenza politica; sempre consulente agli Esteri, cercò di legittimare attraverso delle pubblicazioni le mire espansionistiche dell'Italia verso i territori francesi dimostrando così la sua completa adesione alla dittatura fascista ⁽⁴²⁾. In questo contesto si inserisce una lettera alla Pcm, del 14 settembre 1940, in cui Romano aveva scritto: « Si è reso vacante un posto di Presidente di Sezione del Consiglio di Stato. Credo doveroso di far presente che ritengo meritevole sotto ogni aspetto di conseguire la promozione a detto posto il più anziano dei Consiglieri in carica, il Senatore Gr. Cr. Francesco Salata, nobile figura di patriota, giurista, scrittore di molta fama, insigne magi-

⁽⁴⁰⁾ E. CAPUZZO, *Un commis d'Etat tra guerra e dopoguerra: Francesco Salata nelle carte di Agostino D'Adamo*, in « Clio », a. XXXI, n. 2, 1995, pp. 245-279; Id., *Francesco Salata e il problema dell'autonomia nelle nuove province*, in « Clio », a. XXXI, n. 3, 1995, pp. 415-435.

⁽⁴¹⁾ Infatti con r.d. n. 2034 del 24 novembre 1919 si istituì una VI sezione che inizialmente ebbe competenze promiscue, consultiva e giurisdizionale; con il r.d. n. 933 del 2 luglio 1921 le funzioni consultive furono assegnate alle prime tre sezioni, e la VI rimase solo giurisdizionale. Il r.d. n. 165 del 7 gennaio 1923 abolì la sezione perché « cessata la ragione della sua istituzione »: cfr. U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam 1941 (7^a ed.), p. 178.

⁽⁴²⁾ L. RICCARDI, *Francesco Salata tra storia, politica e diplomazia*, Udine, Del Bianco editore, 2001, pp. 386-413, che accenna all'ingresso di Salata al Cs (pp. 255 e 302).

strato, già Presidente della Sezione VI di questo Consiglio per le nuove Province »⁽⁴³⁾.

In sostanza, erano le stesse espressioni dell'anno precedente e stavolta avrebbero raggiunto lo scopo: pochi giorni dopo, Salata fu nominato presidente di sezione e nel marzo del 1941, quando Gatti andò al governo come sottosegretario al Ministero scambi e valute, fu assegnato alla VI sezione. A causa di problemi di salute, l'anno seguente Salata fu messo fuori ruolo e, nel 1944, morì.

Il terzo presidente di sezione, il primo nominato dal nuovo governo democratico guidato da Ivanoe Bonomi, fu Petretti (Orbetello, 1878): dopo essersi laureato in legge nel 1901 a Pisa, entrò nel 1904 al dicastero dell'Interno mentre l'anno seguente passò al Tesoro. All'amministrazione dell'Agricoltura nel 1919, dove si era occupato dei combustibili, vi raggiunse il grado di direttore generale; soppressa la sua direzione fu collocato a riposo nel 1923, per poi essere riassunto qualche anno dopo all'Economia nazionale con l'incarico di direttore generale delle miniere, prima, del commercio poi, e della politica economica infine: dal 1924 diresse la rivista « La miniera italiana », svolgendo per tale via un'operazione di unificazione e sistemazione del diritto minerario. Presiedette anche il Consiglio superiore delle miniere. Nel settembre del 1927 fu nominato consigliere di Stato e, iscrittosi al Pnf nel 1928 (dunque « tardivamente ») con retrodatazione al 1925, negli anni seguenti ricoprì numerosi incarichi nei consigli d'amministrazione degli enti parastatali, in particolare all'Agip dove fu anche vice presidente. Per le sue competenze tecniche, oltre che per la generale preparazione in discipline economiche e finanziarie, dal luglio 1936 al gennaio 1938 Petretti fu inviato in Africa orientale come vice governatore generale e, successivamente, avrebbe conservato il titolo di governatore onorario di colonia; l'incarico — come scrisse in una lettera l'ex ministro Alessandro Lessona nel 1944 — gli fu conferito « di concerto con tutti gli organi allora competenti: Ministero delle Colonie, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Presidenza del Consiglio di Stato, Governo Generale A.O.I. ». A posteriori sembra che tra i motivi della nomina, vi sia stato quello della sua esperienza nel campo

(43) Acs, f. p., "Francesco Salata", n. 658.

petrolifero. Nell'aprile 1940 il *civile* Petretti ricevette la « croce di guerra al valor militare » con questa motivazione:

« Nell'attentato del 19 febbraio sebbene colpito più volte da schegge di bomba mantenne ammirevole contegno e sangue freddo rimanendo nel palazzo del Governo e ristabilendo la tranquillità turbata dall'avvenimento. Successivamente continuò a disimpegnare le sue funzioni malgrado le ferite dando preclaro esempio di attaccamento al dovere e forza d'animo, come già aveva dimostrato di possedere nell'attacco dei ribelli ad Addis Abeba sebbene giunti da pochissimi giorni. Addis Abeba 28-29-30 luglio 1936 e 19 febbraio 1937 » (44).

In pratica, Petretti si era trovato per due volte nel posto sbagliato; si ricordi che l'attentato a Graziani del febbraio avrebbe scatenato una sanguinosa rappresaglia, con migliaia di vittime, culminata nella strage degli esponenti del clero copto del monastero di Debra Libanos del maggio 1937; in tale contesto Petretti tentò di migliorare le dure condizioni di vita dei reclusi del campo di Danane (45). Un telegramma di elogi e ringraziamenti a firma di Mussolini, del dicembre 1937, ricordava come il suo posto, tenuto « con competenza e autorità, frutto di una lunga esperienza amministrativa », fosse stato « quello della prima sistemazione dei servizi civili dell'Impero ». Dopo il rientro presso il CS, continuò a occuparsi di questioni inerenti le colonie attraverso la partecipazione a specifiche commissioni e, infine, nel 1939 fu nominato senatore. Sottoposto a procedimento per la defascistizzazione sia come senatore che come consigliere di Stato, fu prosciolto all'unanimità da ogni addebito dimostrando, essenzialmente, l'apoliticità degli incarichi da lui ricoperti, oltre al fatto che per 24 anni era restato nello stesso grado gerarchico, il IV; negli atti della decisione del 24 novembre 1944 della Commissione per l'epurazione del CS, si legge che il compito di Petretti era stato « quello di organizzare i servizi civili dell'Impero mentre il potere politico-militare era riservato al

(44) ACS, f. p., "Arnaldo Petretti" n. 723. Tutte le seguenti citazioni sono tratte dal fascicolo personale di Petretti. Per una verifica incrociata delle asserzioni risulta utile il suo *curriculum vitae* fascista del 1941, in ARCHIVIO CENTRALE DELLO STATO, Partito nazionale fascista, senatori e consiglieri nazionali, b. 23, f. 380 « Petretti ».

(45) Ringrazio per questa notizia Matteo Dominioni.

Vice Re. E poiché nello stesso campo civile le direttive provenivano dal Ministero dell'Africa, sostanzialmente le sue mansioni ebbero carattere puramente amministrativo per quanto di notevole importanza. Quando gli fu conferito l'incarico accettò dopo aver ottenuto, d'accordo col Presidente del Consiglio di Stato, che rimanesse a far parte del supremo Consesso amministrativo ».

Poiché le sue funzioni furono di « natura esclusivamente civile-amministrativa con esclusione da qualsiasi ingerenza negli affari politici e militari », e poiché rifiutò di aderire ad alcuni importanti incarichi sotto la Rsi, fu dunque considerato un tecnico che aveva servito *la* patria e non *il* partito; infatti fu tra i pochi senatori non deferiti all'Alta corte di giustizia. Nominato presidente di sezione nel marzo 1946, aveva già retto dall'anno precedente la VI sezione: sarebbe stato collocato a riposo per età nel 1948.

4.2. *I consiglieri e i referendari del 1939.*

Passiamo adesso ai consiglieri e ai referendari che furono scelti all'atto della creazione della nuova sezione.

Colucci (Lucera, 1885) si laureò in giurisprudenza a Roma nel 1908 e l'anno seguente entrò, per concorso, al Ministero dei lavori pubblici come segretario di 4^a classe ⁽⁴⁶⁾. Nel 1914 passò alle Colonie divenendo nel 1920 consigliere coloniale: promosso ispettore superiore nel 1927, fu destinato a Tripoli nel febbraio 1928 e ivi inquadrato come direttore coloniale di 2^a classe. Rimpatriato nell'aprile del 1930, fu messo in servizio presso il dicastero e, nel settembre 1931, nominato capo dell'ufficio del personale; iscrittosi al Pnf nel novembre 1932 (per la riapertura delle iscrizioni nel decennale della marcia su Roma), Colucci tornò in colonia, stavolta a Bengasi, con le funzioni di segretario generale della Cirenaica dal marzo 1933 al luglio 1934. Di nuovo al Ministero, Colucci assunse le funzioni di direttore generale per le colonie dell'Africa settentrionale e nell'agosto 1937 quelle di direttore generale degli affari civili,

⁽⁴⁶⁾ Ove non diversamente indicato, le citazioni sono provenienti da ACS, f. p., "Tullio Colucci", n. 794. Nella collana della *Biblioteca* della « Critica sociale » risulta un Tullio Colucci, *Dal vecchio al nuovo socialismo*, con introduzione critica di Filippo Turati, Milano, Società Editrice Socialista "Avanti!", 1912, raccolta di sette articoli scritti per la rivista turatiana.

ricoprendo il grado di segretario generale di governo di II classe (47).

Nell'ottobre 1937 fu nominato consigliere di Stato, in seguito alla « personale designazione a S.E. il Capo del Governo » fatta dal ministro Lessona che, in una lettera del 1° novembre a Santi Romano, così lo descriveva: « Desidero confermare a V.E. che sia per la preparazione giuridica amministrativa che per le sue doti intellettuali e di carattere, il Colucci è effettivamente uno dei migliori funzionari del mio Ministero; e pertanto, per il contributo che in rapporto alla specifica sua competenza in materia Egli potrà dare in senso al Consiglio di Stato, non posso che compiacermi ed essere grato a V.E. della nomina stessa che, fra l'altro, consente anche all'Amministrazione Coloniale, specie in questo momento, di essere rappresentata nell'Alto Consesso » (48).

Le vicende della guerra segnarono pure la natura di altri incarichi affidati a Colucci: nel 1942 rappresentò il CS nel Comitato interministeriale « per deliberare sulle spese riguardanti il viaggio di rimpatrio dei nazionali dai territori dell'A.O.I. e sulle relative modalità di esecuzione, nonché per stabilire i criteri da seguire nell'attuazione del rimpatrio stesso ». A dimostrazione che i tempi della burocrazia erano diversi da quelli del conflitto, sempre nel 1942 fu nominato presidente della commissione « esaminatrice del concorso a 64 posti di volontario nel ruolo del personale di Governo (gruppo A — grado iniziale) » dell'Amministrazione dell'Africa italiana; ancora nel maggio 1943, nell'imminenza della fine delle operazioni

(47) Pochi anni dopo Colucci avrebbe avuto un attestato di stima: ritenuto che « l'opera prestata per molti anni [...] presso l'Amministrazione dell'Africa Italiana merita[ss]e un adeguato riconoscimento », su proposta del ministro Attilio Teruzzi, nell'ottobre del 1941 gli fu conferito il titolo di segretario generale di governo di 1ª classe, vice governatore onorario.

(48) Scrisse anche un saggio, *Il conflitto italo-etiopeico e l'organizzazione civile delle colonie dell'Africa Orientale*, in *L'Africa Orientale Italiana e il conflitto italo-etiopeico*, Roma, « La rassegna italiana », 1936 (I ed. 1933), pp. 263-276. Per i suoi trascorsi, nel giugno 1938 fu designato a presiedere una commissione concorsuale presso il dicastero dell'Africa italiana; dietro richiesta del predetto dicastero, nel 1940 fu assegnato alla Commissione centrale per i ricorsi in materia di imposte e tasse nell'Aoi e ivi riconfermato fino al 1943. Al Cs « si occupò inizialmente di ricorsi riguardanti le infrazioni alle leggi valutarie italiane estese alle colonie. In un secondo tempo esaminò numerosi schemi di decreti reali, suggerendo incisive modifiche prima di licenziarli »: traggio questa citazione dalla voce scritta da A. Giovannelli, in *Dizionario biografico*, cit., p. 460.

militari sul suolo africano, partecipò alla commissione « per la revisione ed il completamento della legislazione e predisposizione dei piani di organizzazione e di avvaloramento dell’Africa Italiana ». Non coinvolto dai procedimenti epurativi, nel 1945 Colucci fu nominato presidente della commissione, stavolta al passo coi tempi, per la soppressione del corpo di polizia dell’Africa italiana, mentre nel 1947 presiedette la commissione « per la liquidazione della gestione delle opere pubbliche eseguite dall’Italia in Albania ».

Pini (Arezzo, 1883), laureatosi in giurisprudenza a Roma nel 1905, entrò al Ministero dell’Agricoltura, industria e commercio nel 1908 e percorse i vari gradi della carriera occupandosi di questioni agrarie fino a diventare direttore capo divisione nel 1923, anno in cui passò alle Colonie. Fu subito trasferito in Tripolitania fino al 1928 e poi in Cirenaica.

Proprio a Tripoli resse contemporaneamente il municipio del capoluogo e l’ufficio di colonizzazione del Governo, collaborando per conto del regime nei programmi di colonizzazione agraria e nella formazione delle più importanti concessioni industriali ed agricole di questa zona [...]. In Cirenaica resse la direzione degli affari economici e della colonizzazione e per un breve periodo il municipio di Bengasi ⁽⁴⁹⁾.

Dopo aver partecipato « al partito radicale e a organizzazioni del libero pensiero », si iscrisse al Pnf nel 1926: nel maggio 1930 fu trasferito in Somalia per assumere la direzione degli affari civili e politici rivestendo la carica di segretario generale. Nuovamente trasferito in Cirenaica sul finire del 1933 come commissario regionale di Derna, fu promosso direttore generale nel dicembre 1934 e, « costituitosi il governo generale della Libia, gli venne affidato il commissariato generale di Misurata ». Assegnato alla guida della prefettura di Derna, luglio 1937, ricevette da Italo Balbo il compito di organizzare due villaggi di colonizzazione musulmana nei dintorni della città. Nel giugno 1939 fu nominato consigliere di Stato: tra gli affari trattati, Pini « esaminò richieste di pareri concernenti vari progetti di colonizzazione di singole aree coloniali [...] o pareri relativi a vertenze tra l’amministrazione dell’Africa italiana e diverse imprese costruttrici di infrastrutture nei nuovi territori [...]. Sopratt-

⁽⁴⁹⁾ Cfr. la voce, scritta da C. Giorgi, in *Dizionario biografico*, cit., p. 491.

tutto egli esaminò molti regi decreti relativi all'estensione di alcune norme fondamentali ai territori africani » (50).

Aderente alla Rsi fu sollecitato a giurare « con riserva mentale » e poi a trasferirsi alla sede di Cremona da dove, a causa di problemi di salute, avrebbe poi cercato invano di rientrare a Roma; nel gennaio 1946 la Pcm decise per il suo collocamento a riposo e il suo dossier riguardo l'epurazione fu archiviato su proposta dell'Alto commissario (51).

Parpagliolo (Reggio Calabria, 1882) si laureò a Roma nel 1905 in legge e, dopo alcuni anni di esercizio delle professioni di procuratore legale e di avvocato, entrò per concorso nel 1910 al dicastero dei Lavori pubblici, passando poi nel 1913 a quello delle Colonie.

Capo gabinetto del sottosegretario di Stato per le Colonie, prima Pier Gaetano Venino poi Giovanni Marchi, dal luglio 1921 al luglio 1924 — ovvero sotto i gabinetti Bonomi, Facta I e II, Mussolini —, Parpagliolo divenne capo della segreteria del Consiglio superiore coloniale nel 1926; a questo incarico aggiunse nel 1934 quello di capo dell'ufficio legislativo del dicastero. Nel corso degli anni collaborò con numerose pubblicazioni a riviste giuridiche, quali « Il Foro italiano », la « Scuola positiva » e la « Rivista delle colonie », nella quale redigeva mensilmente la rubrica del *Notiziario legislativo*; pubblicò inoltre alcuni commentari ai codici costituzionale, penale e di procedura penale. Infine curò un testo di diritto agrario e la *Raccolta dei principali ordinamenti legislativi delle colonie italiane* per conto dell'Ufficio studi e propaganda del Ministero delle colonie (Roma, 1930-1932). Membro dell'*Institut colonial international* di Bruxelles, era dunque un funzionario di carriera, con una specifica competenza in questioni coloniali, quando nel giugno 1939 fu nominato consigliere di Stato.

Alcune lettere risalenti al giugno 1938 dimostrano come il presidente del Senato Luigi Federzoni avesse « ripetutamente » segnalato Parpagliolo a Romano: il presidente del CS scrisse che questi era un « funzionario del Ministero dell'Africa italiana e

(50) Ivi, p. 492. Nel 1941 prese parte alla Commissione centrale per i ricorsi in materia di imposte e tasse nell'Aoi, e nel 1942 fu nominato membro del consiglio di amministrazione dell'Ente di colonizzazione della Libia.

(51) Acs, f. p., "Carlo Pini", n. 709.

persona — per ripetere le parole di S. E. Federzoni — “di grande probità, di notevole esperienza negli affari e di non comuni capacità amministrative”, [che] aspira ad essere nominato Consigliere di Stato. Adempio al dovere di comunicarVi tale autorevole segnalazione, di cui ho già avuto, del resto, occasione di parlarVi a voce, aggiungendo che, a mio avviso, il Parpagliolo, per i precedenti di carriera e per competenza, avrebbe titolo per essere preso in favorevole considerazione »⁽⁵²⁾.

Il destinatario della missiva era il sottosegretario alla Pcm Del Vascello; nello stesso giorno, Romano scrisse pure a Federzoni per comunicargli il passo compiuto a favore di Parpagliolo: « Mi permetto però di ripeterVi che una Vostra segnalazione diretta sarebbe ben più efficace delle mie ». Tali valutazioni e tali giudizi favorevoli non furono sufficienti ad ottenere la nomina, che arrivò l'anno successivo in un diverso contesto: sono questi degli indizi che ci permettono di comprendere quante qualità *tecniche* e quanti appoggi *politici* dovessero avere gli aspiranti al CS⁽⁵³⁾.

Bruni (Ceccano, 1885) si laureò in giurisprudenza nel 1907 a Roma e nel 1909 entrò per concorso al Ministero degli interni come vice segretario; nel 1914 passò al dicastero delle Colonie ma vi rimase solo un anno perché partecipò alla prima guerra mondiale. Rientrato al dicastero, percorse i vari gradi della carriera: consigliere

⁽⁵²⁾ Acs, f. p., “Adolfo Parpagliolo”, n. 721, lettera del 28 giugno 1938. Nel settembre 1939, su richiesta del dicastero dell’Africa italiana, fu designato membro della Commissione consultiva per il diritto di guerra; nel 1943 avrebbe fatto parte della Commissione per la revisione e il completamento della legislazione e predisposizione dei piani di organizzazione e di avvaloramento dell’Africa italiana. Cfr. la voce, scritta da G. D’Agostini, in *Dizionario biografico*, cit., pp. 494-496.

⁽⁵³⁾ Per la cronaca: il 28 giugno 1938 furono nominati Antonio Sorice e Arturo Marpicati; il 3 agosto Pietro Baratonio; il 5 gennaio 1939 Gian Giacomo Bellazzi e Guido Ruberti; il 14 aprile Enrico De Martino. Si andrebbe fuori tema a ricercare e a scrivere le biografie di tutti questi nomi, i loro percorsi professionali e le loro reti di amicizie, anche se possiamo immaginare che tutti costoro dovessero avere ottime *conoscenze* politiche (e nel caso in merito, più forti del duo Federzoni - Romano) piuttosto che specifiche *conoscenze* giuridiche. Il 27 giugno 1939, su carta intestata « Reale Accademia d’Italia - il presidente », Federzoni scrisse a Romano ringraziandolo per il suo « efficace interessamento » che premiava « un valoroso funzionario » e, aggiungeva Federzoni, che « assicura al Consiglio di Stato un contributo apprezzabile di attività e di competenza » (Acs, f. p., “Adolfo Parpagliolo”, n. 721, lettera del 27 giugno 1939).

nel 1919 (nell'aprile 1924 era stato inviato in Libia), direttore di colonia nel 1928, segretario generale di colonia nel 1933; si era intanto iscritto alla Milizia volontaria per la sicurezza nazionale — ne sarebbe diventato primo seniore nel 1939 — e poi al Pnf, nel maggio del 1927.

Dopo la nomina a consigliere di Stato, Bruni fu messo nella posizione di fuori ruolo, poiché stava ricoprendo l'incarico di vice governatore generale della Libia, e di commissario straordinario dell'Azienda autonoma annonaria libica: morì a Tripoli per un improvviso malore il 26 gennaio 1941 ⁽⁵⁴⁾.

Per comprendere la dinamica delle scelte dei giudici *africanisti* del CS, e vedere come essa suscitasse delle trattative tra gli organi dell'Amministrazione pubblica direttamente interessati, è opportuno citare altre lettere; la prima, del 3 aprile 1939, è del sottosegretario di Stato alla Pcm che scriveva a Romano riguardo alle nomine di consiglieri e referendari: « Il Sottosegretario di Stato per l'Africa Italiana, in relazione alla nota disponibilità di nuovi posti di Consiglieri e di referendari al Consiglio di Stato, di cui al R.D.L. 6 febbraio u.s., n. 478, ha proposto: 1°) la nomina a Consigliere del dott. Carlo Pini, Segretario Generale di Governo di 2^a classe, attualmente Prefetto di Derna; 2°) la nomina a Consigliere del dott. Giuseppe Bruni, Segretario Generale di Governo di 1^a classe, attualmente Vice Governatore della Libia, ed il di lui contemporaneo collocamento fuori ruolo per continuare nell'attuale incarico; 3°) la nomina, al posto di risulta [vedi in nota], del dott. Adolfo Parpagliolo, finora Segretario Capo del Consiglio Superiore coloniale; 4°) la nomina a referendari dei Consiglieri di Governo di I classe del prof. dott. Bruno Francolini e del dott. Agostino Chiofalo. Prima di promuovere, sulle proposte anzidette, le determinazioni

⁽⁵⁴⁾ Bruni scrisse delle relazioni di carattere coloniale, come *Il nuovo assetto politico-amministrativo della Libia*, nel 1937, e *L'azienda autonoma annonaria libica nel primo anno di gestione 29 agosto 1939-XVII 31 agosto 1940-XVIII*, uscita postuma nel 1941: in quest'ultima l'autore narra la creazione dell'ente, decisa dal governatore generale Balbo in accordo con Mussolini, il suo finanziamento e l'attività dispiegate soprattutto nel creare stabilimenti alimentari in colonia così da reperire, trasportare, conservare e distribuire derrate alimentari calmierandone i prezzi.

Superiori, gradirò di conoscere sui nominativi segnalati il Vostro parere »⁽⁵⁵⁾.

Il giorno seguente, 4 aprile 1939, Romano rispose che per lui « nulla osta[va] » alle nomine di Pini, Bruni e Parpagliolo per coprire la collocazione fuori ruolo dello stesso Bruni; sapeva insomma che non lo avrebbe potuto avere a disposizione nei mesi seguenti. Poi proseguì: « Per quanto riflette i due referendari da nominarsi a scelta del Duce, gradirei avere qualche concreto elemento in merito ai precedenti di carriera e alle particolari attitudini dei funzionari designati dott. prof. Bruno Francolini e dr. Agostino Chiofalo. Vi sarò pertanto grato se vorrete richiedere al Ministero dell’Africa Italiana i fascicoli personali dei predetti funzionari perché io possa esaminarli prima di esprimere il giudizio che cortesemente Voi mi domandate ».

Dopo aver ricevuto ragguagli sui due funzionari, il 1° giugno Romano scrisse di nuovo alla Pcm dichiarandosi d’accordo sul nominativo di Chiofalo: « per quanto riflette il dr. Bruno Francolini mi permetto di far rilevare che questi non è fornito della laurea in giurisprudenza, titolo indispensabile per poter aspirare alla nomina a referendario secondo le disposizioni della legge organica » sul CS. Romano riteneva « opportuno che in vista delle obiettive esigenze dei servizi di quest’Istituto, fosse designato, per la nomina di che trattasi, altro funzionario laureato in giurisprudenza »⁽⁵⁶⁾. È probabile che soltanto allora il Ministero suggerisse il nome di Mosca.

In giugno si nominarono i tre consiglieri mentre il 4 luglio, nella stessa lettera prima citata a proposito di Gatti, Romano rispose che alla VI sezione fossero « assegnati i Consiglieri di nuova nomina Pini, Bruni e Parpagliolo, restando il Bruni nella posizione di fuori ruolo »⁽⁵⁷⁾ e, inoltre, che era favorevole alla nomina di referendario del direttore generale di 2^a classe Mosca: esaudito su tutte queste

⁽⁵⁵⁾ Ove non diversamente indicato, le citazioni sono provenienti da ACS, f. p., “Giuseppe Bruni”, n. 639. Le maiuscole sono così nell’originale; l’espressione « al posto di risulta » significa che Parpagliolo subentrava a seguito della collocazione fuori ruolo di Bruni.

⁽⁵⁶⁾ ACS, f. p., “Agostino Chiofalo”, n. 971.

⁽⁵⁷⁾ ACS, f. p., “Giuseppe Bruni”, n. 639. Alcuni di questi documenti sono presenti anche in altri fascicoli personali.

nomine, in settembre Romano assegnò alla VI anche Mosca e Chiofalo.

Se mettiamo insieme queste missive del 3-4 aprile e del 1° giugno con quelle prima riportate del 19 marzo e del 4 luglio, concernenti soprattutto la scelta del presidente di sezione, riusciamo forse a delineare la procedura di selezione per la composizione della VI sezione: si muove per prima la Presidenza del CS suggerendo dei nomi alla Presidenza del Consiglio che funziona da tramite tra l'alto consesso e il Ministero dell'Africa italiana, ed infatti non sono state trovate comunicazioni dirette tra questi ultimi due. Romano era interessato ad avere personalità del settore, tanto che provava a « insistere sull'opportunità già rilevata, che nella prima applicazione della legge, la scelta cada su funzionari dell'Amministrazione dell'Africa Italiana, che sono particolarmente esperti nelle materie coloniali » (lettera del 19 marzo). Il Ministero, talora lo stesso ministro, poteva perorare e segnalare alcuni funzionari; tra l'altro, lo stesso Mussolini era stato alla guida del dicastero dal 20 novembre 1937 al 31 ottobre 1939 (58). La Presidenza del Consiglio richiedeva il parere di Romano, il cui gradimento era tenuto quasi sempre in considerazione, e poi avuta la risposta del *tecnico giurista*, rimetteva la decisione conclusiva alle *politiche* « determinazioni Superiori » del *duce*, da cui infine tutto dipendeva.

Dunque Colucci, Bruni, Pini e Parpagliolo furono dei tecnici nel senso più pieno della parola: provenienti dal dicastero dell'Africa italiana, spesso con trascorsi coloniali, erano stati chiamati proprio in nome delle loro qualità professionali di natura giuridica e amministrativa. Tuttavia, furono anche prescelti perché in regola con le norme richieste dal regime dittatoriale: di razza ariana, iscritti al partito magari più « per necessità familiari » che per intima convinzione, sposati con prole; quasi tutti furono insigniti di varie onorificenze dell'Ordine *coloniale* della Stella d'Italia.

(58) Il decreto reale di nomina di Bruni cita testualmente: « Sentito il Consiglio dei Ministri; sulla proposta del Duce del Fascismo, Capo del Governo e Ministro dell'Africa italiana, di concerto col Ministro delle Finanze » etc. Mussolini guidò il dicastero pure nel 1924, nel 1929 e nel gennaio 1935-giugno 1936: cfr. M. MISSORI, *Governi, alte cariche dello Stato, alti magistrati e prefetti del Regno d'Italia*, Roma, Ips, 1989, p. 155.

Abbiamo già detto qualcosa riguardo ai referendari del 1939: vediamoli adesso da vicino.

Mosca (Roma, 1894) figlio di Gaetano — famoso studioso e politico, fu anche sottosegretario alle Colonie nel 1914-1916 —, dopo aver partecipato dal 1916 alla prima guerra mondiale, nel 1919-20 prese parte alla campagna per la riconquista della Libia; laureatosi in legge nel 1922, qualche mese dopo s'imbarcò per l'Eritrea, in « servizio quale ufficiale in s.a.p. ». Nel luglio 1923 entrò per concorso al Ministero delle colonie, come consigliere aggiunto e, in seguito, si iscrisse al Pnf. Tornato in Italia nell'aprile del 1924 prestò servizio presso l'amministrazione centrale; nel settembre 1928 fu destinato in Tripolitania ove restò fino al dicembre del 1930 quando rientrò al dicastero. Nel 1928 M. fu anche incaricato delle funzioni di segretario del Consiglio di amministrazione per il personale subalterno, che avrebbe tenuto fino al settembre del 1936. Al riguardo si legge: « Durante tale laboriosissimo periodo in cui occorreva affrontare, con assoluta immediatezza e aderenza alla realtà, il problema del personale da inviare in A.O.I., subito dopo l'occupazione militare, e che per necessità di cose doveva essere prelevato dalle diverse Amministrazioni dello Stato, il Comm. Mosca ha saputo disimpegnare il delicato compito affidatogli con molto tatto e signorilità, dimostrando di possedere un'ottima preparazione giuridica e spiccatissimo senso di responsabilità. Soprattutto lodevoli sono stati la sua instancabile attività ed il suo spirito d'iniziativa per quanto si riferisce alla sistemazione giuridica del personale in parola, sistemazione per la quale è stato necessario sostituire la vecchia ed inadeguata legislazione in materia, con una nuova, la cui elasticità rispondeva alle accresciute e complesse esigenze del momento » ⁽⁵⁹⁾.

Direttore di governo di 2^a classe, nell'agosto 1939 entrò al CS con il grado di referendario e destinato alla VI sezione ⁽⁶⁰⁾. Nell'ottobre 1944 M. fu nominato consigliere, nel periodo della reggenza di Giuseppe Fagiolari, il presidente di sezione anziano che fu presidente facente funzioni del CS.

⁽⁵⁹⁾ ACS, f. p., "Luigi Mosca", n. 904.

⁽⁶⁰⁾ Promosso nel 1941 a primo referendario, l'anno seguente fu nominato membro supplente del Tribunale delle Prede.

Chiofalo (Palermo, 1900) si laureò in giurisprudenza a Napoli nel 1925; già nel novembre 1923 era stato assunto dal governo della Cirenaica come impiegato straordinario a Bengasi, ove rimase fino al giugno 1928, dopo essersi iscritto al Pnf nell'aprile 1928. Rientrato in Italia, prestò servizio al dicastero delle Colonie fino al giugno 1930 quando si imbarcò per Tripoli. Partecipò poi alla campagna di Libia del 1932 e, dopo aver fatto ritorno in Italia, nel 1934 fu promosso consigliere di governo.

Nell'agosto del 1939 fu nominato referendario del CS e assegnato alla VI sezione. Nel novembre 1943 fu trattenuto in stato di arresto a Roma e obbligato a trasferirsi a Cremona, dove fu sottoposto a sorveglianza mentre, nel marzo 1944, in occasione di una licenza avuta per recarsi dalla famiglia a Roma, Chiofalo tentò di procrastinare il suo rientro ma fu di nuovo minacciato di essere arrestato. Comprovando questa situazione nell'estate del 1945 non venne epurato e, anzi, nel gennaio 1946 fu promosso consigliere di Stato ⁽⁶¹⁾.

Anche i referendari furono prescelti per evidenti motivi di preparazione professionale, sviluppata attraverso periodi di servizio trascorsi in colonia e, come dimostra la mancata nomina di Francolini, era per loro necessaria la laurea in diritto.

4.3. *I consiglieri del 1940-1946.*

Passiamo adesso a coloro che entrarono negli anni successivi, in particolare a Carletti, Zoli, De Marsanich e Scalise.

Carletti (Cremona, 1873) entrò in collegio militare nel 1885, e all'accademia nel 1890 specializzandosi nell'arma di artiglieria; dopo aver frequentato la scuola di guerra, fu in Tripolitania e in Cirenaica dal 1911 al 1913 e poi dal 1915; trasferito in zona di guerra, partecipò ad operazioni nei settori di Gorizia e del Montello come capo di Stato Maggiore dell'8° Corpo d'armata. Nel 1919 « fu comandato in missione militare diplomatica in Russia » e, successivamente, fu incaricato di funzioni direttive presso il dicastero della

⁽⁶¹⁾ ACS, f. p., "Agostino Chiofalo", n. 971; nel 1942 era al Tribunale delle prede mentre, ancora nel dicembre 1949, era membro effettivo della commissione « concernente la risoluzione delle domande di liquidazione dei crediti delle imprese di opere pubbliche in A. O. ed in Libia ».

Guerra; poi fu « membro militare della Commissione per il Trattato di Rapallo », e tra i delegati italiani che si occuparono della delimitazione dei confini tra Fiume e la Jugoslavia. Capo gabinetto dal maggio 1922 coi ministri Lanza di Scalea, Soleri e Diaz, fu nominato consigliere di Stato nel marzo 1924.

Senatore dal 1929, e in seguito questore del Senato, raggiunse il grado di generale di corpo d'armata nel 1938: pluridecorato, partecipò a 4 campagne di guerra e a 3 campagne di Libia ed ebbe ricompense ed onorificenze militari da parte di 14 differenti Stati. Nell'ottobre 1935, a seguito della designazione di Romano, Mussolini lo nominò presidente del Comitato per l'esame dei progetti di appalti e forniture per l'Eritrea. Soltanto per un anno, il 1940, fece parte della VI sezione, poiché morì nell'aprile 1941 ⁽⁶²⁾.

Zoli (Palermo, 1877) dopo aver conseguito la licenza liceale, frequentò il primo biennio di matematica all'università felsinea fino al 1898, non finendo gli studi; tuttavia, parlava e scriveva « correntemente » il francese, il tedesco e lo spagnolo mentre leggeva e parlava il portoghese. Poco si sa della sua vita fino al 1915: lavorò al giornale « L'Idea nazionale », fondato nel 1911 da Federzoni, e dunque è probabile che frequentasse i nazionalisti bolognesi. Scrisse un testo sulla *guerra turco-bulgara* (edito a Milano nel 1913), e nel 1914 si recò per alcuni mesi nel Fezzan al seguito delle truppe militari.

Volontario di guerra nel 1915-18, uscì come sottotenente, con due medaglie d'argento al valore militare e la Croce di guerra, partecipò alla spedizione fiumana ricoprendo dall'ottobre del 1920 l'incarico di « sottosegretario di Stato agli Esteri della Reggenza Italiana del Carnaro » ⁽⁶³⁾. Nel 1921 scrisse un volumetto sulla conquista del Fezzan per conto dell'Istituto coloniale italiano, sezione studi e propaganda ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶²⁾ ACS, f. p., "Ottorino Carletti", n. 641. Dal 1925 fu consigliere d'amministrazione e membro del Comitato esecutivo della Banca nazionale del Lavoro; ricoprì, inoltre, l'incarico di presidente del Consiglio di amministrazione della società Stock Cognac Medicinal S/A di Trieste.

⁽⁶³⁾ C. ZOLI, *Le giornate di Fiume*, Bologna, Zanichelli, 1921.

⁽⁶⁴⁾ C. ZOLI, *La conquista del Fezzan (con sette schizzi)*, Roma, Tip. Unione Editoriale, 1921; faceva parte delle « Memorie e monografie coloniali - serie militare n. 3 ».

Nel novembre 1922 Zoli cominciò a prestare servizio presso l'Amministrazione coloniale al Gabinetto del ministro Federzoni come « estraneo all'amministrazione » (65); ciò significa che era un suo *gabinettista* e uomo di fiducia. Nel giugno 1924 fu messo a disposizione del Ministero per « servizi politici » e, nell'ottobre seguente, « incaricato di studiare la organizzazione dei servizi e la valorizzazione dei Territori d'Oltre Giuba »: s'imbarcò quindi per Mogadiscio dove rimase fino al luglio 1925 quando fu nominato alto commissario di Oltre Giuba e dislocato a Chisimaio. Dopo un anno rientrò a Roma e nel novembre 1926, al ritorno di Federzoni come ministro, fu promosso al grado di governatore di colonia e incaricato delle funzioni di segretario generale del dicastero (66). Nel maggio 1928 fu nominato governatore dell'Eritrea; due anni dopo, nel luglio 1930, a 53 anni Zoli lasciò « a sua domanda » l'incarico e fu collocato a disposizione del ministero.

Finì qui la sua carriera politica, proprio come Federzoni che nel 1929-30 avrebbe iniziato a declinare nelle gerarchie del regime, seppure diventando senatore e poi presidente del Senato: in pratica, ciascuno al proprio livello, entrambi avrebbero ricoperto incarichi onorifici importanti, ma politicamente di minor peso. Così Zoli nel dicembre 1930 fu nominato consigliere di Stato, ottenendo in seguito il titolo di governatore onorario dell'Eritrea; inoltre, nel 1942, conseguì la libera docenza in geografia ed etnologia dell'Africa italiana (67).

Nel 1939 il segretario generale del CS, Giovanni Corso, lo aveva preavvisato del suo spostamento alla nuova sezione per l'Africa italiana; Zoli rispose che se quello era il volere della Presidenza,

(65) Le citazioni su Zoli, salvo diversa indicazione, provengono dall'ACS, f. p., « Corrado Zoli » n. 710.

(66) L. FEDERZONI, 1927 *Diario di un ministro del fascismo*, prefazione di S. ROMANO, a cura di A. Macchi, Firenze, Passigli Editori, 1993, *passim*.

(67) Nel 1933 fu designato dal ministro delle Colonie a rappresentare il dicastero al Congresso internazionale coloniale di Lisbona, mentre su incarico del dicastero degli Esteri, nel 1934 intraprese un viaggio in Spagna, Portogallo e Francia per un ciclo di conferenze di propaganda « italiana e coloniale » ripetuto, l'anno seguente, in Belgio. Divenuto presidente della Reale Società geografica italiana, il conte Zoli (titolo forse acquisito in quel periodo) partecipò anche ad alcuni incarichi come membro di commissioni concorsuali inerenti al Ministero dell'Africa italiana.

« naturalmente » a lui « non resta[va] che obbedire. Ma, se mi è lecito esprimere un desiderio in proposito, il mio sarebbe quello di non essere, possibilmente, spostato dalla I Sezione nella quale sono da dieci anni! » Il richiamo alla frase garibaldina e il punto esclamativo finale lasciano intendere che vi fu una qualche esitazione nell'accettare di andare alla nuova sezione.

Aderente alla Repubblica sociale italiana, nel 1943-44 si trasferì nell'unica sezione cremonese del CS; già alla fine del 1944 la Commissione d'epurazione di I grado del CS lo aveva ritenuto « passibile di dispensa dal servizio con perdita del diritto a pensione » perché, tra gli addebiti di « aver partecipato attivamente alla vita politica del fascismo » ricoprendo vari incarichi dal 1922 in poi, aveva conseguito la nomina a consigliere di Stato « sebbene non in possesso dei necessari requisiti di preparazione tecnica ». Inoltre si era diretto al Nord al seguito della Rsi collaborando come propagandista politico « facendo leggere settimanalmente alla radio (...) suoi commenti sulle operazioni militari ispirati all'esaltazione del valore delle armi germaniche »; in seguito a ciò la Presidenza del Consiglio dei ministri aveva emanato il decreto di sospensione il 30 dicembre 1944. Oltre a ciò, con sentenza dell'8 giugno 1945 fu « condannato dalla Corte di Assise di Cremona ad anni 3 e mesi 4 di reclusione ». Detenuto dall'11 maggio 1945 nelle carceri giudiziarie di Cremona, in seguito all'amnistia, il *professor* Zoli fu reintegrato nel CS ai primi di luglio del 1946 e fu quindi collocato a riposo per anzianità nel gennaio del 1947. Pochi mesi dopo, il 10 maggio, poiché era andato in pensione, la Sezione speciale per l'epurazione del CS dichiarò « estinto » anche il procedimento di epurazione amministrativa.

In conclusione Zoli fu un governatore di colonia e un magistrato amministrativo per soli meriti politici, o meglio *partitici*: questo pur non avendo mai avuto una preparazione scolastica o professionale adeguata agli incarichi ricoperti e non essendo mai stato un funzionario delle amministrazioni statali fino al 1922. D'altronde, tra il 1922 e il 1930 maturò una qualche esperienza di temi coloniali che lo resero tra i consiglieri di Stato più adatti a svolgere le funzioni nella VI sezione dopo il 1939.

Scalise (Catanzaro, 1881) si laureò in legge nel 1904 a Napoli e l'anno seguente, pur conseguendo un diploma di studi diplomatici e

consolari, andò ad insegnare negli istituti tecnici scienze economiche e finanziarie: poliglotta, conosceva 5 lingue. Nel 1909 passò a lavorare presso l'Istituto internazionale di agricoltura con l'incarico di studiare il servizio della statistica generale.

Nel novembre 1913 entrò in « servizio temporaneo » al Ministero delle Colonie; nel 1917 fu inviato ad Asmara, in Eritrea, ove sarebbe rimasto due anni occupandosi dei servizi economici e finanziari, e rientrò come direttore coloniale con l'incarico di guidare, presso il Commissariato generale dell'emigrazione, il servizio di « Politica economica dell'emigrazione e della specializzazione agraria, tecnica e culturale degli emigranti ». Nel 1924 fu « messo a disposizione per ragioni di servizio per un anno » perché nominato direttore dell'Istituto di credito agrario di Catanzaro e, nel gennaio 1925, cessò di far parte dell'Amministrazione coloniale. Nel 1927 cessato l'incarico dal predetto Istituto, che si era unito al Banco di Napoli, Scalise entrò nella nuova banca per « incarichi speciali ». Autore di numerose pubblicazioni in materia economica, finanziaria, bancaria e agricola, nel gennaio 1929 fu nominato al CS, dove avrebbe conseguito la nomina di presidente di sezione nel 1946 ⁽⁶⁸⁾.

Di famiglia nobile, il conte De Marsanich (Civitavecchia, 1881) dopo essersi laureato in giurisprudenza a Roma nel 1905, esercitò la professione forense fino al 1908 quando per concorso per esami entrò come addetto consolare al Ministero degli affari esteri. Vice console a Nizza nel 1910, alternò missioni all'estero (Montevideo, in Bulgaria, Nancy) ad incarichi presso il dicastero (capo ufficio politico), partecipando nel 1919 al congresso della pace di Parigi, e raggiungendo il grado di ministro plenipotenziario di 1^a classe:

⁽⁶⁸⁾ ACS, f. p., « Giuseppe Scalise », n. 745. Qualcosa non quadra nel suo *curriculum vitae* (tra l'altro è l'unico a non riportare la data di iscrizione al Pnf) e cioè che, pur essendo laureato in giurisprudenza e in possesso di un diploma specialistico, egli andasse ad insegnare negli istituti tecnici; ma allo stato attuale non ci sono altri elementi che ci aiutino a capire questa inusuale situazione. Un'altra curiosità viene dalla scelta per i nomi dei sei figli, che chiamò Luigi, Vittorio, Augusto, Maria Costanza, Bruno e Letizia; i genitori si chiamavano Luigi e Costanza (e ciò spiega due dei nomi) e la moglie Lucia. Dagli estratti degli atti di nascita dei primi due figli si nota che il primo, nel 1901, fu chiamato « Luigi, Vittorio, Garibaldi, Dante » e il secondo, nel 1902, « Vittorio, Bovio, Giordano, Bruno »: nomi che *illuminano*, in qualche modo, le idee politiche del giovane calabrese, ancora studente di diritto.

assolse numerosi compiti diplomatici presso delegazioni, conferenze, commissioni e comitati internazionali. Si era intanto iscritto al Pnf nel 1927, seguendo un « implicito invito e di agevolazione » in base ad una circolare del ministro. « Collocato a disposizione per ragioni di servizio » nell'ottobre 1933, mentre era in servizio ad Oslo, l'anno seguente gli fu proposto di andare al CS dove venne assegnato alla III sezione; nel 1943-44 si rifiutò di andare al Nord e si rese irreperibile nascondendosi per alcuni mesi e facendo domanda di collocamento a riposo ⁽⁶⁹⁾. Fu reintegrato nell'autunno 1944.

Dei restanti sei, Bozzi, Gallo, Stumpo, Aru, Bolaffi e Sangiorgio, daremo pochi dati essenziali poiché la loro permanenza si ridusse a pochi mesi e a pochissimi affari: erano comunque tutti laureati in legge e, sebbene fossero stati iscritti al Pnf (spesso in occasione del decennale del 1932, quindi tardi), avevano dimostrato di stare ai margini del regime riuscendo a nascondersi e a non partire per Cremona (eccetto Aru, che però fu costretto: infatti non fu sanzionato e, anzi, venne promosso consigliere nel 1946 ⁽⁷⁰⁾), e per questo non furono epurati. Inoltre nessuno era stato in colonia, anche se Bozzi ricoprì l'incarico di segretario generale del governo in Dalmazia tra il 1941 e il 1943, e soltanto due (Bolaffi e Sangiorgio) avevano avuto delle esperienze internazionali; non è una coincidenza il fatto che proprio loro furono nominati dal Governo, evidentemente bisognoso di magistrati amministrativi con determinate caratteristiche.

Bozzi (1898), Gallo (1895), Stumpo (1899) e Aru (1909) entrarono tutti tra il 1930 e il 1942 per il concorso a referendario, divenendo poi consiglieri: prima di arrivare al CS erano comunque stati *operatori* del diritto come, solo per fare alcuni esempi, Gallo, giudice e docente di diritto amministrativo, o Stumpo, avvocato dello Stato e poi uditore giudiziario ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁹⁾ Acs, f. p., « Alberto De Marsanich » n. 753. Risulta conoscesse 4 lingue (il francese, l'inglese, il tedesco e lo spagnolo) e dal matrimonio ebbe 9 figli in 12 anni, presiedendo nel 1937 il comitato provvisorio per organizzare l'Unione fascista delle famiglie numerose.

⁽⁷⁰⁾ Acs, f. p., « Luigi Aru » n. 1089; tuttavia, aveva fatto parte dell'Istituto nazionale di cultura fascista di Modena e presieduto quello di Sondrio.

⁽⁷¹⁾ Acs, f. p., « Carlo Bozzi », n. 920; Acs, f. p., « Mario Gallo », n. 920; Acs, f.

Bolaffi (1889) entrò nell'amministrazione provinciale del Ministero delle finanze nel 1910; dimostrò notevoli doti « soprattutto in una serie di rilevanti incarichi internazionali. Fu infatti segretario e poi esperto nelle conferenze degli stati successori dell'impero austro-ungarico negli anni » 1920-1922 ⁽⁷²⁾. Fino al 1939, quando era diventato direttore generale, Bolaffi compì numerose missioni all'estero presso la Società delle Nazioni e in organismi internazionali bilaterali: tra le altre, fece un'ispezione sui servizi delle imposte in Cirenaica nel 1931, e partecipò alla commissione centrale del « Ministero delle colonie per l'esame e la definizione dei ricorsi contro le decisioni delle commissioni d'appello funzionanti nelle colonie sui reclami per tasse ed imposte dirette » ⁽⁷³⁾. Dispensato dal servizio perché di razza ebraica, fu reintegrato in servizio nel 1944 e, restando come direttore generale presso le Finanze, fu nominato consigliere di Stato nel marzo 1946; un anno dopo, in luglio, fu collocato fuori ruolo perché non riusciva a svolgere i due incarichi.

Sangiorgio (1887) entrato al dicastero della Pubblica istruzione nel 1912, « ebbe una breve parentesi al Ministero per la ricostruzione delle terre liberate dal nemico (1920-1922) » ⁽⁷⁴⁾. Sempre all'Educazione nazionale, compì frequenti viaggi in Ungheria tra il 1938 e il 1941 creando e consolidando dei rapporti culturali con quello Stato; ispettore generale del Ministero, fu arrestato nel 1944 per non aver aderito alla Rsi. Dopo la liberazione di Roma, nel novembre 1944 fu nominato direttore generale dell'istruzione universitaria e nel marzo 1946 consigliere di Stato.

5. *Epilogo: la continuità delle competenze e i « buchi neri » della memoria.*

Il decreto legislativo n. 642, del 5 maggio 1948, ebbe come oggetto dei « provvedimenti per accelerare i giudizi presso le Sezioni

p., « Giuseppe Stumpo », n. 965. Nel 1940 quest'ultimo partecipò ai lavori di una commissione presso il dicastero dell'Africa italiana.

⁽⁷²⁾ ACS, f. p., « Gino Bolaffi » n. 780; cfr. la voce, scritta da G. ZANFARINO, in *Dizionario biografico*, cit., pp. 562-565, qui p. 562.

⁽⁷³⁾ Ivi, p. 563.

⁽⁷⁴⁾ ACS, f. p., « Giuseppe Sangiorgio » n. 832; cfr. la voce, scritta da G. ZANFARINO, in *Dizionario biografico*, cit., pp. 566-570.

giurisdizionali del Consiglio di Stato»; si decise di istituire, senza aumentare l'organico, una terza sezione giurisdizionale denominandola « Sezione sesta ». Gli affari devoluti alla « Sezione dell'Africa italiana » furono assegnati alle altre sezioni consultive: finì così, con un semplice e formale atto normativo, la storia della sezione « africana » (75).

È da osservare che tale conclusione avvenne solo *casualmente* nella primavera del 1948; già nel 1945-1946, in una situazione di generale riforma delle pubbliche amministrazioni nel senso di un ridimensionamento dei loro organici, la Commissione per la riduzione delle spese aveva proposto alla Pcm di sciogliere la VI sezione per diminuire il personale, sia i magistrati che il personale impiegatizio del CS. In questa vicenda si può vedere come un *grand corps* dello Stato abbia saputo far passare il momento critico della tempesta, dove alcuni costituenti proponevano addirittura la sua abolizione o la separazione delle competenze consultive da quelle giurisdizionali, per poi contrattare con le altre istanze politiche la propria esistenza e, anzi, il proprio rilancio tra le istituzioni *costituzionali*; il CS dimostrò che l'incremento degli affari giunti alle sezioni giurisdizionali, necessitava della creazione di una terza sezione con quelle caratteristiche. Invece che ridursi a 54, secondo gli auspici della Commissione per la riduzione delle spese, l'organico dei consiglieri di Stato arrivò a contare 87 posti: un segno della considerazione in cui fu tenuto il CS da parte delle nuove *élites* politiche, e cioè proprio quando la coalizione governativa a guida democristiana si apprestava ad amministrare il paese uscito dalla transizione istituzionale (76).

Se i magistrati ordinari in colonia furono pochi, tra lo 0,1 e l'1% dell'organico del corpo nel periodo 1886-1942, è rilevante notare che negli appartenenti all'*élite* della giustizia amministrativa tale percentuale è superiore. Sia che si consideri il numero degli 8 membri della VI sezione, con un'esperienza diretta *oltremare*, sulla

(75) XXXVIII *Annuario del Consiglio di Stato, anni 1948-1949-1950-1951*, Roma, Ips, 1953, p. 138.

(76) U. ALLEGRETTI E G. FOCARDI, *Amministrazione, Costituente e Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, a cura di M. Fioravanti e S. Guerrieri, Roma, Carocci, 1999, pp. 359-416; per una ricostruzione generale cfr. G. FOCARDI, *Storia dei progetti di riforma della pubblica amministrazione: Francia e Italia 1943-1948*, Bologna, Bup, 2004, *passim*.

settantina del CS nel periodo considerato; sia che si consideri il numero di coloro che si interessarono di colonie, una ventina almeno, rispetto al totale dei magistrati presenti al CS tra il 1886 e il 1942 che furono sui 220-230. Parafrasando Martone, si può affermare che il CS, per il tramite del suo presidente Romano, abbia avuto chiara « l'importanza della preparazione professionale del personale » per la VI sezione (77).

La carenza di specialisti, la consueta ristrettezza numerica delle *élites*, ovvero personale preparato in grado di conoscere e di orientarsi nelle questioni coloniali, indusse i governi De Gasperi del 1945-1951 a ricorrere a personaggi che portavano gravi responsabilità per gli avvenimenti precedenti: « L'utilizzo spregiudicato di questi alti funzionari per la loro innegabile competenza, se da un lato può rivelarsi "prezioso", dall'altro, però, finisce per incidere negativamente su taluni aspetti della politica coloniale italiana, in quanto essi agiscono spesso, come i fatti hanno dimostrato, come forza ritardatrice » (78). In questo ambito, fu soprattutto in nome della competenza che i consiglieri poterono evitare provvedimenti contro di loro; per defascistizzare la società italiana, con procedure democratiche e da vero « stato di diritto », non si poteva fare a meno dell'*élite* dei giudici, compresi quelli amministrativi (79).

Dunque, esistette una specifica conduzione della questione coloniale da parte del CS; da un lato, *interno* o *privato* e poco *visibile*, la politica di reclutamento dei membri e la loro assegnazione alla VI sezione hanno confermato come le scelte avvenissero spesso, ma non sempre, secondo il consueto criterio della competenza, maturata dal singolo magistrato prima di entrare al CS. In questo aspetto si registra una forte continuità col precedente periodo

(77) MARTONE, *Giustizia coloniale*, cit., p. 110.

(78) A. DEL BOCA, *Gli italiani in Africa Orientale. Nostalgia delle colonie*, Roma-Bari, Laterza, 1984, p. 60. Curiosamente, una situazione simile si determinò in campo etiopico con le discutibili scelte di Hailè Selassie compiute al suo rientro: egli affidò incarichi governativi o amministrativi non solo a persone rimaste a lui fedeli nel 1936-41, ma anche a personaggi « collaborazionisti » compromessi con gli italiani. In senso speculare, l'imperatore continuò a servirsi di tecnici italiani, soprattutto ingegneri e medici, per la gestione di alcuni servizi civili (ivi, pp. 78-79 e 88-89).

(79) G. FOCARDI, *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, cit., pp. 80-81 e 85-86.

liberale, e con la necessaria preparazione giuridica specifica per rivestire la qualifica di consigliere di Stato.

Fotografando l'appartenenza dei consiglieri scelti per nomina politica, ed evidenziando la loro precedente amministrazione, ci si accorge della prevalente e costante presenza di parecchi membri provenienti dalle prefetture e dal dicastero dell'Interno, ovvero di funzionari *generalisti*; ma vi erano pure alcuni elementi provenienti dai dicasteri militari, altri da quelli finanziari e dall'Istruzione: in pratica il CS era uno specchio, o meglio un vero e proprio *puzzle*, delle funzioni e degli organi presenti nell'amministrazione pubblica dove, a seconda delle specifiche priorità dell'agenda politica del programma di un governo, risaltarono alcuni segmenti dell'amministrazione statale.

Fu infatti ciò che avvenne riguardo alle colonie nel 1939: trovano la loro spiegazione le scelte di taluni funzionari del dicastero dell'Africa italiana — come Colucci, Parapagliolo, Bruni, Mosca —, e così quelle successive di Petretti, Zoli e Scalise. L'evento bellico del 1940 coinvolse nella VI il generale-consigliere Carletti; mentre la difficile situazione del dopo guerra vi portò, seppur per poco tempo, Bolaffi e Sangiorgio che avevano maturato delle esperienze professionali internazionali. Come visto, Salata e Zoli seppur non laureati non per questo furono impreparati: furono le sole due eccezioni al fatto che i magistrati, ma già i funzionari della carriera direttiva, dovessero possedere il requisito della laurea in giurisprudenza ⁽⁸⁰⁾.

Per un altro lato, *esterno* o *pubblico* e *appariscente*, risulta confermato il fatto che la materia coloniale fosse un tema privilegiato, nel periodo della dittatura fascista, anche dentro il CS. Così, tra i discorsi, stampati negli *Annuari*, che si tenevano nel corso delle adunanze generali e quasi sempre riservati a membri del *grand corps*, ritorna il tema *africano*. In occasione del collocamento a riposo, o in caso di decesso, di un magistrato, il presidente del CS, o talora un presidente di sezione, era solito rievocare l'attività professionale e lo svolgimento della carriera statale di questi ⁽⁸¹⁾. Un'altra tipologia di

⁽⁸⁰⁾ D. PASQUALI, *Sull'amministrazione civile nell'Africa Orientale Italiana*, in « Clio », XXIX, 1993, n. 2, p. 314.

⁽⁸¹⁾ Ad esempio vedi la commemorazione per Carletti pronunciata da Romano nell'adunanza generale del 17 aprile 1941, in cui si ricordava che per la « speciale

tali discorsi comprendeva le allocuzioni sulla casa reale, come gli anniversari o le commemorazioni per la scomparsa di un membro della famiglia Savoia. Eccezionalmente, il presidente del CS richiamava l'attenzione dei magistrati su un evento molto importante: il bollettino della vittoria del 1918, le dichiarazioni di Mussolini al CS il 15 gennaio 1924, la celebrazione del «decimo annuale della Rivoluzione Fascista» (82). In tale ottica, si rilevano dei brevi discorsi di Romano in materia coloniale per la «riconquista di Adigrat e di Adua» il 10 ottobre 1935, e per la «Proclamazione dell'Impero» il 7 maggio 1936: omaggi formali ed esteriori, scritti con uno stile retorico e propagandistico tipico del periodo (83). Qualcosa di simile alla valutazione dei titoli e delle «benemerenze fasciste» che ogni magistrato doveva dimostrare di avere per fare carriera.

In questi discorsi, dopo il 1945, il ricordo della carriera di un consigliere, trascorsa soprattutto durante il periodo fascista, scompariva o era appena accennata: raramente si richiamava l'eventuale servizio in colonia. La narrazione espressa dal presidente di turno si *scoloriva* decolorando *politicamente* l'intero ventennio, che passava quasi sempre in sordina, al di là dei singoli comportamenti del magistrato in oggetto, e nulla si diceva del suo coinvolgimento col regime (84). Perciò parliamo di «buco nero», ovvero la rimozione di fatti e azioni di pochi anni prima che si trasformano in delle *vuote*, eppure *piene*, rievocazioni di vite vissute, di cui gli *Annuari* editi negli anni '50 offrono vari esempi: forse, più in generale, anche per questa via si aiutava a dimenticare il ruolo avuto dai giuristi nella corresponsabilità della stesura, dell'applicazione e dell'interpretazione della legislazione, compresa quella razzista, durante la dittatura fascista, riflesso di un complice e tacito assenso della magistra-

competenza nelle cose dell'Africa, Egli fu assegnato, quando venne istituita, alla sesta Sezione del nostro Consiglio»: *XXXIV Annuario del Consiglio di Stato, anno 1941 - XX*, cit., p. 49.

(82) Per alcuni esempi, confronta gli *Annuari*, senza numero romano, del 1919, pp. 35-41, con i discorsi presenti nel *XXIX*, del 1935-36, e *XXX*, del 1937.

(83) *XXIX Annuario del Consiglio di Stato, anni 1935 - XIV - 1936 - XV*, Roma, Ips, 1937, pp. 51-52.

(84) Per alcuni esempi vedi *XXXIX Annuario del Consiglio di Stato, anni 1952 - 1953 - 1954 - 1955 - 1956 - 1957 - 1958*, Roma, Ips, 1959, pp. 97-142.

tura alla politica razziale, testato appunto nel 1937 nelle colonie, e confermato nel 1938 nel Regno.

Un'altra possibile definizione è quella del « buco nero » storiografico: e cioè la decostruzione, ma anche mitizzazione e/o falsificazione, della realtà: in questa seconda variante, s'inserisce il volume di Zoli sulle vicende dell'espansione coloniale italiana durante il fascismo. Non è necessario leggere tutto il libro per capire il punto di vista dell'autore: basta scorrere i titoli dei paragrafi e dei capitoli nei quali si suddivide o la « Premessa », che inizia con queste frasi: « Questo volume vuol essere una sommaria ricostruzione storica del periodo, durante il quale l'attività coloniale dell'Italia si estese su una più vasta area di territorio africano. (Non è colpa di nessuno se i termini di tale periodo coincidono press'a poco con quelli del cessato regime fascista). Per aver diritto ad essere considerata una ricostruzione storica, la presente trattazione è stata contenuta in un tono rigorosamente tecnico, senza enfasi retorica e senza amplificazioni propagandistiche. Questo può essere un merito o un torto. [...] Questa ricostruzione non è stata scritta per gli uomini della generazione che volge al tramonto: i quali gli avvenimenti qui narrati e l'opera qui descritta hanno vissuti e ben sapevano e sanno, anche se abbiano, in certi momenti, finto di dimenticarli o tentato di rinnegarli. Essa è scritta per i giovani della generazione che sorge »⁽⁸⁵⁾.

Dopo aver ricordato che tra i motivi dell'espansione coloniale per avere « un po' di posto al sole », c'era soprattutto quello di migliorare il tenore di vita di un popolo costretto ad emigrare per trovare un lavoro, Zoli narrava *pro domo sua* gli avvenimenti coloniali italiani dividendoli in quattro fasi; durante i primi tre (1870-1900, 1911-1914, 1915-1923) l'Italia si era ritrovata con tre piccoli e poveri possedimenti.

« In tali immodificabili condizioni ambientali del nostro scarso ed ingrato patrimonio coloniale, era logico e facilmente prevedibile che quando, nel 1934-35, scoppiò, pur senza alcuna premeditata provocazione da parte nostra, il conflitto italo-etiopico, l'Italia, stanca di essere da tutti considerata come una rassegnata 'collezio-

⁽⁸⁵⁾ C. ZOLI, *Espansione coloniale italiana (1922-1937)*, Roma, "L'Arnia", 1949, nella collana « Miti, esperienze e realtà di un regime totalitario », p. 3.

nista di deserti', intravedesse infine la possibilità di ottenere al suo popolo, oramai stipato fino alla soffocazione nell'esiguo e non certo ricco territorio metropolitano, quel 'po' di posto al sole' che gli era stato sistematicamente e tenacemente negato da tutti e in tutte le occasioni contestato ed esosamente mercanteggiato. Si apriva allora per l'Italia la quarta fase della sua politica coloniale: la fase della realizzazione »⁽⁸⁶⁾.

La Gran Bretagna era individuata come la principale responsabile della sconfitta italiana e della sua situazione: paragonando il risentimento inglese all'« ignobile livore che anima il tristo villano contro il suo paziente ciuco, quando s'accorge che questo il suo bastone non teme più, e le carote se le cerca da solo », Zoli ricordava che gli inglesi avevano trattato allo stesso modo « i nord-americani, gli indiani, i boeri, i birmani, i cinesi, i malesi, i somali, gli egiziani, gli irlandesi, gli iracheni e, più recentemente ancora, gli ebrei sionisti »⁽⁸⁷⁾.

Fu questo, e non fu l'unico e neppure il più grave, un esempio di ciò che Angelo Del Boca ha giustamente definito il « mancato dibattito sul colonialismo », che mandò assolti tutti i responsabili dell'avventura coloniale, permettendo la creazione del mito del « bravo italiano » e di una memoria selettiva: anche le istituzioni del nuovo regime democratico della Repubblica scelsero di dare rilievo ad alcune vicende più o meno *positive*, negando o minimizzando quelle scomode e *negative*, e impedendo di fatto di fare i conti con *le storie* del passato, che a quel punto « non passava »⁽⁸⁸⁾.

Se la nuova Italia perpetuava vecchie e nuove amnesie, è evidente che la « decolonizzazione della memoria »⁽⁸⁹⁾ non poteva avvenire in coloro che avevano partecipato, come Zoli, a quelle vicende.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, pp. 7-8.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 8.

⁽⁸⁸⁾ A. DEL BOCA, *Il mancato dibattito sul colonialismo*, in *L'Africa nella coscienza degli italiani. Miti, memorie, errori, sconfitte*, Milano, Mondadori, 2002 (I ed. 1992), pp. 111-127; *Adua. Le ragioni di una sconfitta*, a cura di A. Del Boca, Roma Bari, Laterza, 1997.

⁽⁸⁹⁾ G. FOCARDI e F. TAMAROZZI, *L'Italie et ses colonies: la destinée des archives et des musées*, in *Musée de la Corse, Corse - Colonies, colloque 19-20 septembre 2002*, Ajaccio, Éditions Alain Piazzola, 2004, pp. 241-261.

Lecture

GIORGIO AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, pp. 113.

Nell'ultimo libro di Giorgio Agamben la filosofia — intesa foucaultianamente come ontologia dell'attualità — ingaggia un corpo a corpo con il presente, nell'ambizioso intento di restituire un cruciale tassello di quella teoria dello stato di eccezione la cui assenza è il punto di partenza dell'intero ragionamento. Un'assenza imbarazzante, secondo Agamben, dal momento che prima lo *Usa Patriot Act* dell'ottobre 2001, poi il *Military Order* del presidente Bush del novembre 2001, e più in generale la prassi e la temperie della guerra preventiva, hanno dimostrato con forza che « lo stato di eccezione tende sempre più a presentarsi come il paradigma di governo dominante della politica contemporanea » ⁽¹⁾.

Come la realtà dalla data di uscita del libro di Agamben non si è stancata di confermare, stato di eccezione dopo l'11 settembre significa sfregio del diritto internazionale ed esercizio arbitrario di una pura violenza che si vuole schmittianamente detentrici di un nuovo *nomos* della terra: un ordine mondiale da imporre globalmente a colpi di guerre umanitarie e/o preventive attraverso le quali realizzare una costituzione imperiale capace di imporsi al termine di quella che viene presentata come una guerra civile mondiale, declinata secondo le retoriche manichee del conflitto di civiltà. Al tempo stesso, sul piano interno, lo stato di eccezione nei paesi occidentali è restituito dalla progressiva trasformazione involutiva dei codici penali e di quelli di procedura penale ⁽²⁾. Si tratta di una tendenza affatto inedita avviata dalle amministrazioni americane ben prima dell'11 settembre, come prima di quei drammatici eventi i neoconservatori statunitensi avevano pensato e redatto il Pnac (*Project for New American Century*) ⁽³⁾. Con la normalizzazione della *Indefinite Detention* si è giunti a privare di ogni *status* giuridico qualunque non cittadino sospetto di essere in qualche

⁽¹⁾ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 111.

⁽²⁾ Cfr. J. C. PAYE, *L'état d'exception: Forme de gouvernement de l'empire*, in « Multitudes », 16, 2004 e A. BURGIO, *Leggi speciali. Attacco allo stato di diritto*, in « La rivista del Manifesto », 38, 2003.

⁽³⁾ Cfr. A. CEYHAN, *Sécurité, frontières et surveillance aux Etats-Unis après le 11 septembre 2001*, in « Cultures & Conflits », 53, 2004. Sul Pnac, cfr. almeno A. VITALE, *Dal contenimento alla prevenzione: come gli Stati Uniti reclamano la guida del mondo*, in D. BARAZZETTI, A. GAROFALO, A. GUNDE FRANK, G. SIVINI, A. VITALE (a cura di), *Pointbreak. L'impero, la guerra in Iraq e oltre*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, pp. 11-33.

modo coinvolto in attività terroristiche. Citando Judith Butler (4), Agamben osserva che i detenuti di Guantanamo, giuridicamente innominabili ed inclassificabili, sono « oggetto di una pura signoria di fatto » (5). Nella loro condizione, quella che Walter Benjamin chiamava la « nuda vita » raggiunge la sua massima indeterminazione. È il tempo presente stesso, quindi, con le sue stridenti contraddizioni, a rendere di grande attualità il motto di Walter Benjamin secondo cui « lo stato di eccezione è diventato la regola e — aggiunge Agamben — « ha [...] raggiunto oggi il suo massimo dispiegamento planetario » (6).

Dal punto di vista teorico lo stato di eccezione è quella figura dell'ordine sospeso e continuamente infranto in cui « l'aspetto normativo è impunemente obliterato e contraddetto da una violenza governamentale » che ignora, all'esterno, il diritto internazionale e produce, all'interno, uno stato di emergenza permanente (7). E tuttavia, pur producendo « uno spazio vuoto di diritto », lo stato di eccezione accampa con arroganza la pretesa di « stare ancora applicando il diritto » (8). Nello stato di eccezione, insomma, prendono forma dispositivi in cui l'esercizio della pura violenza sganciata dal diritto pretende di mantenere una relazione con l'ordine giuridico, imponendo la *fiction juris* secondo cui a produrre ordine sarebbe pur sempre la legge: una « forza-di-legge » il cui potere sia capace di sospendere la norma e praticare un'azione diretta sulla vita, pur restando *auctoritas* che istituisce e pone il diritto come nuovo *nomos*. Lo stato di eccezione si presenta quindi come « la forma legale di ciò che non può avere forma legale » (9), cioè come una « forza di legge senza legge », in cui l'eccezione sovrana si dà a vedere come dispositivo biopolitico mediante il quale il diritto « include in sé il vivente attraverso la sua propria sospensione » (10): proprio come nel *Military Order* del presidente Bush.

Oltre a esibire questa « finzione centrale » inscritta al cuore dell'intera esperienza giuridico-politica occidentale, il libro di Agamben (sulla scia di quanto il filosofo aveva già sostenuto in *Homo Sacer*) valorizza la lezione di Michel Foucault secondo cui per dare risposta ai problemi filosofici del tempo presente è indispensabile dissodare « cantieri di storico ». Agamben restituisce così importanti frammenti di una genealogia dello stato di eccezione rintracciandone il *luogo di prove-*

(4) J. BUTLER, *Vite precarie. Contro l'uso della violenza, in risposta al lutto collettivo*, Roma, Meltemi, 2004.

(5) AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 13.

(6) Ivi, p. 111.

(7) *Ibidem*.

(8) *Ibidem*.

(9) G. AGAMBEN, *Réflexion sur l'état d'exception*, in « Le monde », 12 dicembre, 2002.

(10) AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 52.

nienza nei dispositivi di regolazione giuridica dell'emergenza nella Roma repubblicana, e il *luogo di emergenza* nei decreti sullo stato di assedio del governo rivoluzionario e democratico francese.

L'archetipo della versione moderna dello stato di eccezione può essere rinvenuto nel *iustitium*, una misura del diritto romano distinta dalla dittatura (il dittatore riceveva, infatti, l'autorità da un atto giuridico legittimato dal popolo) che, in caso di concreto pericolo per la Repubblica, poteva essere proclamata dal senato con l'effetto di produrre un vuoto giuridico. Il senato emetteva un *senatus consultum ultimum*, con cui era richiesto ai consoli, al pretore e ai tribuni della plebe di adottare decisioni per la sicurezza della Repubblica. In seguito veniva dichiarato il *tumultus* (lo stato di emergenza), che precedeva spesso il *iustitium*, una vera e propria sospensione dell'ordine giuridico, una reale neutralizzazione dei lacci che imbrigliavano l'azione dei magistrati. Per l'essenziale — scrive Agamben, citando Cicerone nell'interpretazione di Adolphe Nissen — il *iustitium* « aboliva il divieto, stabilito dalla *Lex Sempronia*, di mettere a morte un cittadino romano » senza ricorso ad un giudizio popolare ⁽¹¹⁾.

Attraverso i testi classici di Mommsen, Nissen, Middel, Wagenvoort — ritenuti comunque insufficienti per l'interesse dei loro autori ad annettere la figura dello stato di eccezione alla grande tradizione giuridica romana della dittatura — Agamben ricostruisce i lineamenti di questo spazio vuoto di diritto entro il quale l'azione dei magistrati, e di chiunque esercitasse il potere, era « radicalmente sottratta a ogni determinazione giuridica »: essa non eseguiva né trasgrediva il diritto, ma lo « ineseguiva » ⁽¹²⁾. Se è questa l'essenza dello stato di eccezione, risulteranno allora false tutte le dottrine, compresa quella schmittiana, che teorizzano una sua permanenza, mediata o immediata, entro le maglie dell'ordine giuridico, occultandone sia la realtà di spazio vuoto di diritto sia la rilevanza strategica che esso mantiene proprio per il diritto. Nel *iustitium*, come in ogni stato di eccezione, si verifica insomma una sospensione della legge che dà forma ad un non-luogo in cui agisce la pura « forza di legge senza legge » di chi governa.

In un importante *excursus* del libro intitolato “Breve storia dello stato di eccezione”, Agamben ne indaga il moderno luogo di emergenza. È nello scenario della Rivoluzione francese che si manifesta per la prima volta, nel decreto dell'8 luglio 1791, l'istituto dello stato di assedio inteso come momento di passaggio dei poteri delle autorità civili al comandante militare: a conferma del fatto che « lo stato di eccezione moderno è una creazione della tradizione democratico-rivoluzionaria e non di quella assolutista » ⁽¹³⁾. Un dato valido anche per la

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 60.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 65.

⁽¹³⁾ Ivi, p. 14.

pratica di sospensione della legge fondamentale in caso di serie minacce alla sicurezza dello stato, prevista dalla costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII. Lo stato di assedio (che assumerà una connotazione maggiormente definita con la legge direttoriale del 27 agosto 1997, con il decreto napoleonico del 1811, ma soprattutto con l'*Acte additionel* alla costituzione del 22 aprile 1815) e la potenziale sospensione della legge fondamentale dello stato (affinata nell'art. 14 della *Charte* del 1814) confluiscono così nello stato di eccezione, sempre inteso come «vuoto di diritto» in cui il potere governamentale dell'esecutivo acquisisce forza di legge.

Agamben segue poi la vicenda storica dello stato di eccezione passandone in rassegna le principali tappe all'interno dei più importanti paesi europei e negli Stati Uniti, sottolineando come con la cesura della prima guerra mondiale esso divenga permanente in molti paesi belligeranti. La Grande Guerra non è quindi solo il luogo di emergenza della guerra totale, ma anche l'evento a partire dal quale «la legislazione eccezionale per via di decreto governativo (che ci è oggi perfettamente familiare) diventa una pratica corrente nelle democrazie europee»⁽¹⁴⁾.

Con forme e tonalità diverse, nel periodo tra le due guerre si compie una decisiva metamorfosi delle costituzioni democratiche attraverso l'ampliamento del ricorso alla legislazione per decreto. Nella Francia di Daladier e Laval si trattava di fronteggiare la crisi economica e la minaccia nazista, al punto che «quando il maresciallo Pétain assume il potere, il parlamento francese era già l'ombra di se stesso»⁽¹⁵⁾. Nella Germania di Weimar l'art. 48 della costituzione — che concedeva al presidente del Reich il potere di sospendere i diritti fondamentali in caso di minaccia verso sicurezza e ordine pubblico — sarà utilizzato in più di 250 occasioni per dichiarare lo stato di assedio ed emanare decreti al fine di fronteggiare la crisi economica e colpire il nemico politico interno: il militante comunista. Agamben parla degli ultimi anni della Repubblica di Weimar come di un «regime di dittatura presidenziale», che, a parlamento ormai 'morto', rende assai più agevole la presa del potere di Hitler e l'amplificazione totalitaria dello stato di eccezione che ne consegue. In Italia, dove fin dalla prima unificazione viene approntato un laboratorio per l'uso del decreto-legge come «ordinaria fonte di produzione del diritto», negli anni tra le due guerre si verifica il trapasso della democrazia parlamentare in una «democrazia governamentale», imposta in nome della necessità e dell'urgenza e rilanciata dal fascismo. In Inghilterra, con l'*Emergency Powers Act* del 1920 vengono generalizzati i dispositivi governamentali di eccezione introdotti nella temperie emergenziale della Grande

⁽¹⁴⁾ Ivi, p. 23.

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 14.

Guerra per contrastare ogni conflitto sociale. Infine, fin dalla guerra civile negli Stati Uniti si registra una drammatica tensione dialettica tra i poteri del Congresso e quelli del presidente, culminata in quella che Carl Schmitt ha chiamato la « dittatura commissaria » di Lincoln, in virtù della quale il presidente autorizzava il capo di stato maggiore dell'esercito a sospendere in modo arbitrario e indefinito il *writ* di *habeas corpus*. E se Lincoln fu il primo « detentore della decisione sovrana sullo stato di eccezione », Woodrow Wilson durante la prima guerra mondiale e Franklin D. Roosevelt durante la grande depressione (ma ancor più nella temperie della seconda guerra mondiale, soprattutto dopo Pearl Harbour) ebbero « un potere illimitato di regolazione e di controllo su ogni aspetto della vita economica del paese »⁽¹⁶⁾. Non diversamente da Bush, che — mediante la produzione di uno spazio vuoto di diritto entro il quale agisce una mera forza di legge senza legge mobilitata da un progetto imperiale — rilancia ora la pretesa di gestire sovraneamente uno stato di eccezione ormai divenuto regola, nel tentativo di rendere indistinguibili la guerra esterna e la cosiddetta 'guerra civile mondiale'.

Di qui la necessità, per Agamben, di contribuire alla fondazione di una teoria dello stato di eccezione all'altezza dei tempi, recuperando gli esiti di quella « gigantomachia intorno ad un vuoto » che nel periodo tra le due guerre, fino alle *Tesi sul concetto di storia* del 1940, oppose Walter Benjamin a Carl Schmitt. Ribaltando l'interpretazione corrente che vede in Benjamin un ammirato quanto « scandaloso » lettore di Schmitt, Agamben sostiene che è l'intera teoria schmittiana della sovranità ad essere costruita in risposta alla critica benjaminiana della violenza. Sarebbe dunque Schmitt a riconoscere in *Per la critica della violenza* di Benjamin (1921) una minacciosa teoria della violenza « pura », « divina », in ultima analisi « rivoluzionaria », situata al di fuori della legge e capace di far saltare la dialettica tra la violenza che pone il diritto e quella che lo conserva. Esponendo il rapporto della violenza con il diritto, e deponendo così quest'ultimo, Benjamin intravede le condizioni di possibilità di un'altra epoca del diritto capace di aprire un varco verso quella nuova giustizia a cui alludono le formidabili pagine di Kafka. A questa minaccia Schmitt risponde nella sua *Teologia politica* formulando la teoria dello *stato di eccezione fittizio*, in cui la violenza rivoluzionaria viene sussunta e neutralizzata nel diritto, inclusa in esso attraverso la sua stessa esclusione: l'anomia — « l'azione umana integralmente anomica » — è così ricondotta nel corpo del *nomos* attraverso il dispositivo temporaneo dello stato di eccezione. In altri termini, l'inclusione-neutralizzazione della violenza rivoluzionaria nel dispositivo dell'ordine avviene attraverso una violenza *sovrana* — la decisione sull'eccezione — che « né pone, né conserva il diritto ma lo

(16) Ivi, p. 32.

sospende » (17). Molti anni dopo, nella ottava *Tesi sul concetto di storia*, Benjamin tornerà ad opporsi alla replica schmittiana, sostenendo che quando « lo stato di eccezione diviene la regola » non può più « rendere applicabile la norma sospendendone in maniera temporanea l'esercizio », né così garantire il funzionamento dell'ordine giuridico come vorrebbe Schmitt. In questo modo Benjamin smaschera lo stato di eccezione, mostrandolo per ciò che è: « una *fictio juris* [...] che pretende di mantenere il diritto nella sua stessa sospensione » come forza di legge senza legge (18). Per l'autore delle *Tesi*, con il nazismo diventa definitivamente palese che eccezione e norma non sono più né temporalmente né spazialmente distinte. Lo stato di eccezione è ormai *effettivo*: violenza e diritto sono *normalmente* unificati entro « una zona di anomia in cui agisce una violenza senza alcuna veste giuridica » (19).

La vera posta in gioco dello scontro tra Schmitt e Benjamin è appunto questa anomia: la 'violenza pura', frontiera ultima del politico che lo stato punta ad annettersi per il tramite dello stato di eccezione. Fissando negli occhi il presente dello stato di emergenza permanente nazista, ma al tempo stesso rivolgendosi ai rivoluzionari del futuro, Benjamin chiudeva l'ottava tesi sostenendo che la tradizione degli oppressi ci pone di fronte ad un grande compito: « la produzione dello *stato di eccezione effettivo* » (corsivo mio) (20). Si tratta, per Agamben, di un compito assolutamente attuale se è vero, come è vero, che al tempo della mondializzazione del capitale e della guerra preventiva « lo stato di eccezione ha raggiunto oggi il suo massimo dispiegamento planetario » (21). Immergersi nel non-luogo anomico dello stato di eccezione effettivo diventa allora un ineludibile banco di prova per tutti coloro che con l'azione politica — quel particolare tipo di azione « che recide il nesso tra violenza e diritto » — vogliono ostinatamente tentare di « interrompere il funzionamento della macchina che sta conducendo l'Occidente verso la guerra civile mondiale » (22).

ALESSANDRO SIMONCINI

(17) Ivi, p. 71.

(18) Ivi, p. 77.

(19) Ivi, p. 76-77.

(20) Ivi, p. 75.

(21) Ivi, p. 111.

(22) Ivi, p. 111 e 112.

ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, Paris, LGDJ (Collection 'Droit et Société', n. 37), 2003, pp. 433.

1. Il libro segue di oltre due decenni il primo tomo della *Critique de la raison juridique* (I. *Où va la sociologie juridique?* Paris, LGDJ, 1981): dico subito che l'opera nel suo insieme non va confusa con l'altra *Critique de la raison juridique* apparsa nel 2003 a firma di Simone Goyard-Fabre (Paris, Puf, collana 'Thémis Philosophie': l'autrice è presente in almeno una nota del volume in analisi, p. 142, n. 135). Libro, quello della Goyard-Fabre, che è ben possibile tenere sullo sfondo della riflessione di Arnaud, proprio per evidenziare da quale epoca del pensiero del/sul diritto l'autore propone di prendere progressivamente congedo.

Un congedo già avviato dal sociologo giurista francese all'inizio degli anni novanta tramite l'elaborazione di una riflessione di taglio storico e socio-antropologico affidata alle pagine di *Pour une pensée juridique européenne* (Paris, Puf, 1991), anche nel segno di Lévi-Strauss e dell'appello ad una « coalizione di culture nel quadro concreto dell'Europa » (p. 49 ss., p. 195; cfr. anche *Critique 2*, p. 406; sullo stesso tema A.-J. Arnaud, *Le droit trahi par la sociologie. Une pratique de l'histoire*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 108-9).

Una riflessione cominciata a partire dal pensiero giuridico europeo in trasformazione, poiché « con l'Europa i sociologi giuristi hanno l'occasione di accedere a ciò che era finora riservato solamente agli storici, un laboratorio vivente in cui è possibile osservare il processo di formazione di un Diritto. In tal modo gli uni apprendono dagli altri che quanto hanno sotto gli occhi corrisponde a un diritto di fattura 'moderna' » (*Pour une pensée juridique européenne*, p. 293), potendo conseguentemente disporsi a spostare lo sguardo sull'a-venire di un diritto di fattura 'postmoderna', il quale si concretizza nella « elaborazione di un'Europa giuridica che va di pari passo con la postmodernità, la razionalità dell'una coincidendo con i principi di razionalità dell'altra. L'Europa giuridica non sarà se non farà propri pluralismo e complessità, inscritti fin dall'origine nella sua storia » (*ivi*, p. 300).

È infatti una « metamorfosi » in atto (*Critique 2*, p. 50) quella che si ha sotto gli occhi, metamorfosi che adesso si allarga al processo globale di *mondialisation*, passaggio dall'epoca « moderna » — periodo di egemonia del diritto statale — all'epoca 'postmoderna' del pluralismo giuridico *globale*, del quale lo spazio europeo è luogo significativo ma non unico. Un'epoca di « governanti senza frontiere, tra mondializzazione e post-mondializzazione », come indica il sottotitolo per evidenziare l'operatività in atto di uno sguardo indirizzato alle forme emergenti di governo globale della *mondialisation*. Un processo complessivo già sottoposto a indagine esplorativa qualche anno addietro nel

volume a firma dello stesso autore, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat* (Paris, LGDJ, 1998, 2004², edizione riveduta ed aumentata).

Il lettore avrà compreso da queste battute iniziali quanto necessario sia il rinvio interno alla produzione complessiva di Arnaud nell'analisi dell'ultima fatica intellettuale. Per averne una conferma, basta dare una scorsa alla ben più ampia discussione critica dell'opera apparsa sul n. 58/2004 della rivista «Droit et Société» (consultabile anche in rete all'indirizzo www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/indexlu.htm), discussione alla quale rinvio quale integrazione della presente sul piano di un più dettagliato inquadramento del volume all'interno del progetto complessivo dell'autore, ed anche nel dibattito francese in cui si inserisce.

Il ricorso all'intreccio delle opere diviene ancor più necessario al lettore di lingua italiana data la stupefacente carenza di traduzioni di volumi dell'autore nel nostro panorama editoriale, con la conseguente mancanza di riferimenti metabolizzati dalla nostra cultura giuridico-storico-sociologica (al di là del circolo dei sociologi del diritto) circa un lavoro di così grande spessore teorico ed analitico: una sola edizione italiana, come emerge dalla bibliografia stabilita nel volume (p. 8), e si tratta peraltro di un'opera del 1975, *Les juristes face à la société, du XIX^e siècle à nos jours* (Paris, Puf), tradotta dopo circa vent'anni col titolo *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri* (Napoli, Jovene, 1993).

2. Venendo progressivamente al testo in questione, esso è strutturato in un prologo e cinque capitoli. Alcune delle parole-chiave: costruttivismo e complessità — interdisciplinarietà — nuova ragion giuridica — pluralismo giuridico — regolazione — *gouvernance* — mondializzazione — partecipazione — società civile.

Il dittico è aperto alla complessità anche al proprio interno, poiché il secondo tomo mostra uno spiccato profilo «autocritico» (pp. 5-6, e 365-69) rispetto ad alcune tesi del primo. È un letterato francese, Bernard Pingaud, a sorreggere in tale (auto)critica della ragion giuridica: «Grande scrittore non è colui che scrive sempre lo stesso libro, [bensì] colui del quale ciascun libro annulla il precedente perché procede oltre sulla stessa via» (p. 5).

Tale (auto)critica della ragion giuridica rimane, comunque, stabile in alcuni assunti teorici, ben noti a chi conosce il pensiero di Arnaud: ad esempio nell'impiego di categorie quali «ragion giuridica», «sistema», «polisistemia disgiuntiva, successiva e simultanea», nonché sulla definizione della riflessione sociologico-giuridica in termini di «sociologia della creazione della norma giuridica», e ancora di «sociologia del discorso della ragion giuridica».

L'intento complessivo dichiarato è quello di un articolato progetto di riorganizzazione della «struttura mentale», della «mentalità» (p.

387, 395; ancora, p. 97) sia del ricercatore sia del decisore politico: l'uno non svincolato dall'altro, « tandem ineluttabile » (p. 395). Sottolineo il lemma « mentalità », poiché precisamente in tale spazio « antropologico » affonda il proprio sguardo il libro e l'intero progetto scientifico in questione. Menziono di passaggio il nome di un grande studioso delle forme mentali, il filosofo ed antropologo Lucien Lévy-Bruhl.

Quella di Arnaud è una postura scientifica & morale & politica ben evidenziata, *in figura*, anche dal richiamo a colui che di tale logica interdisciplinare ed antropologica fu maestro e praticante fra i primi in Europa su questi temi: Jean Carbonnier, giurista e legislatore, storico e sociologo, nonché « primo lettore del volume » (p. 6, anche p. 396, n. 58). In più, non è un caso, autore influenzato *esplicitamente* da Lévy-Bruhl.

Fa piacere pensare che, nel rispetto delle sensibilità e delle differenze, il transito di queste pagine sotto gli occhi del più grande giurista francese del novecento abbia rappresentato l'ideale *placet* alla prosecuzione di un lavoro in certo senso *comune*: il rinnovarsi di quella « tacita complicità » alla quale faceva riferimento il Doyen recensendo sulle « Archives de philosophie du droit » una delle prime opere di Arnaud, l'*Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise* (Paris, LGDJ, 1973; libera consultazione dell'intera opera in www.reds.msh-paris.fr, e traduzione in corso di stampa per i tipi della Esì, Napoli, a cura di F. Carocchia).

Una complicità *reale*, oltre che tacita, nell'incessante tentativo — che già si esprime nell'imponente produzione dottrinale & filosofica & sociologica che Carbonnier ha lasciato — di « dominare il flusso » che pervade oggi diritto e giustizia, al fine di « mantenerlo nei canali della ragione », come si esprimeva Carbonnier all'inizio del nuovo secolo (cfr. DE VITA-PALAZZO [a cura di], *Giornate di studio in onore di Jean Carbonnier e Winfried Hassemer*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 7).

Certo, Arnaud parla di una pagina oramai « voltata » rispetto all'epoca in cui il Doyen e il suo approccio epistemologico erano *dominus* a tutto tondo del campo giuridico nazionale francese: oggi viviamo l'epoca della comparsa di una « nuova » ragion giuridica, la quale non cessa di reinventarsi perché appunto è l'ordine stesso ad esser soggetto a continue metamorfosi (*Critique* 2, p. 90). Ebbene, a me pare che l'indicazione sulla necessità che quella strada dovesse essere mantenuta aperta *sul piano epistemologico* l'ha ben fornita — anche, non solo — lo studioso dei fenomeni di internormatività, il teorico di un pluralismo sia giuridico sia normativo, il cultore di una scienza del diritto comparata e, perché no?, il positivista giuridico che cercava di mitigare le asprezze di quella posizione metodologica con la dottrina luterana dei due regni.

3. Il progetto di Arnaud ha già fornito ulteriori, importanti contributi all'analisi teorica delle trasformazioni giuridiche e sociali, al di là

quelli firmati a nome proprio e precedentemente menzionati. Sono opere continuamente richiamate nelle note del volume, dunque ad esse bisogna necessariamente rinviare anche il lettore.

Segnalo alcune fondamentali produzioni frutto di lavoro *collettivo*, un ambito grandemente significativo nell'attività del sociologo giurista francese: il *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (Paris-Bruxelles, LGDJ-Story Scientia, 1988; Paris, LGDJ, 1993², sotto la direzione dello stesso Arnaud), progetto che ha visto la collaborazione dei migliori scienziati sociali, europei e non. Il manuale *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, redatto nel 1996 in collaborazione con M. J. Fariñas Dulce e pubblicato in francese col titolo *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques* (Bruxelles, Bruylant, 1998): volume utilissimo al lettore che volesse approcciare al meglio il profilo epistemico anche della presente *Critique*, per esempio (p. 243) in tema di rapporto tra la teoria della complessità in campo giuridico, i paradossi che essa genera e il loro trattamento in termini 'dialogici'. Senza dimenticare la creazione del *Réseau Européen Droit et Société* (RED&S), attorno alla rivista « Droit et Société » ed alla collana editoriale delle edizioni LGDJ che porta lo stesso nome, nella quale anche appare il volume. Infine un ricchissimo sito Internet, www.reds.msh-paris.fr: è anche alla rete delle reti, spesso per il tramite dell'ipertesto costituito appunto dal sito, che fa costante riferimento la messe di note del libro, la quale scandisce sontuosa l'intero volume, pagina dopo pagina. Bisogna sottolineare come anche il sito rientri a pieno titolo nel novero delle produzioni fondamentali dell'autore: uno degli strumenti-cardine della globalizzazione contemporanea, Internet appunto, è presente costantemente quale fonte di letteratura e di dati, di collegamenti e di informazioni scientifiche. Ecco una maniera produttiva di mescolare informazione e conoscenza anche nelle pagine di un libro, facendo ricorso al *general intellect* contemporaneo.

Un *general intellect* che si esprime poliglotta nel volume e nei suoi rimandi, con una letteratura specialistica raccolta nelle molteplici lingue della comunità scientifica internazionale (francese, inglese, tedesco, italiano, spagnolo, portoghese). Letteratura attinta con ottica interdisciplinare attraverso « un'immersione ripetuta nelle migliori biblioteche » mondiali (*Critique* 2, p. 6), e la mente corre veloce all'*International Institute for the Sociology of Law* di Oñati (Spagna), istituto fondato nel 1989 e diretto per i primi tre anni dallo stesso autore; oltreché alla *Wisconsin University Law Library*, esplicitamente menzionata e ringraziata. Né va dimenticata la lunga frequentazione brasiliana di Arnaud, anche a motivo della creazione a lui confidata dall'UNESCO del programma di ricerca interdisciplinare *GEDIM* concernente la globalizzazione e i diritti nell'area del MERCOSUR.

L'interdisciplinarietà del libro non si limita alle sole materie « spe-

cialistiche », siano esse la teoria della complessità (Morin, p. 109, n. 31; Castoriadis, autore che aleggia costantemente nelle pagine); la teoria sociologica generale (Giddens, Habermas, Touraine, Luhmann, Bourdieu, p. 105-12); la filosofia politica (una definizione ampia, Rawls, Nozick, Hayek, p. 113-32); la storia, contemporanea e non (in più luoghi del volume).

Spesso è dato infatti incontrare intrecci significativi con la grande letteratura e la saggistica mondiale: Senofonte (p. 3 e 17, il gusto per la *taxis*, l'ordine « fabbricato », contrapposto all'ordine del *cosmos*); le sirene di Ulisse richiamate da Orazio, Virgilio e Seneca (p. 95, figure dell'ordine giuridico moderno, « bello a metà e dotato di bella voce, ma terminante *in piscem* »), Boileau (p. 90, la regola delle « tre unità » del teatro classico, valida anche per il teatro della ragion giuridica positivista controllata dallo Stato); due epigrafi estratte da Goethe (il quale apre e chiude il volume, p. 16 e 413: « Amo chi sogna l'impossibile », *Secondo Faust*). E ancora Valéry, Eco, Giono, Ibsen, de Beauvoir, nonché Lawrence Durrell e il suo *The Alexandria Quartet*, opera maggiore del novecento letterario. Un autore, Durrell, forse più importante di quanto possa sembrare a prima vista, dato l'intreccio di culture e saperi che quelle opere esprimono; importante per la stessa teoria generale che sostiene il lavoro complessivo di Arnaud. Senza dimenticare la citazione musicale del grande tenorsassofonista Sonny Rollins e del suo *Global Warming* del 1998 (p. 34, n. 40).

4. Entrando più a fondo nei temi del libro, va subito fatta una notazione circa il doppio senso del sottotitolo, *Governanti senza frontiere*: nel volume è questione di *governo* e dunque di *regolazione* (« governare vuol dire regolare, implementare decisioni », p. 12). Una regolazione, però, non più legittimata unicamente da un potere su base territoriale, né esercitata unicamente per il tramite della *regolamentazione* giuridica, *outil de prédilection*, nazionale o internazionale che sia (cfr. p. 72-77).

« Tutto ciò c'è ancora; ma non più in maniera esclusiva. Da questo punto di vista l'ordine antico, assunto quale verità intemporale ed irrefragabile, sembra finito, abbondantemente finito, trascorso — *definitely*, come si direbbe Oltremantica —, un'antichità, un fossile, anche se è ancora quello che si insegna, quasi sempre, nelle Facoltà giuridiche » (p. 13).

L'ordine, appunto, vantato da Senofonte o, più vicino nel tempo, quello della « pace giuridica borghese », ed anche quello descritto nelle opere di Hayek: quella *taxis* che il liberalismo contemporaneo ha specificato in termini di « ordine fabbricato » in opposizione al *cosmos*, ordine spontaneo « uscito dalla pratica, maturato dal tempo » (p. 17).

Il potere che esprime, oggi, doti di governo, non è più identificabile sulla base di meccanismi rappresentativi classici: è invece diffuso e molteplice, fondato sulla partecipazione della società civile, senza più

rigide delimitazioni formali, ed opera con lo strumento della *regolazione*, specificata anche quale *regolazione sociale* (p. 90-98). Nell'epoca della *post-mondializzazione* sono, sì, « saltate » le frontiere; eppure, non viene mai meno la funzione di « governo », che si esprime, certo, anche tramite lo strumento giuridico: si tratta però di un « dire-diritto in regime misto, *gouvernement & gouvernance* » (p. 375).

« Nel modello processuale della presa di decisione tradizionale, la *gouvernance* non trovava posto: per principio era posta un'impossibilità di comunicazione tra il decisore e quanti gli avevano conferito il mandato di rappresentanza allo scopo di stabilire la regolazione sociale. La cosa cambia del tutto se si accetta di concepire un modello decisionale che riposi sui principi di un'epistemologia costruttivistica. Il processo di elaborazione della decisione non è più appannaggio di un decisore onnipotente per il quale il progetto di società è un dato preliminare, vale a dire un decisore che decide sovranamente quello che è il bene della società, designa gli esperti e quanti sono chiamati ad esprimere una valutazione, assistendoli e rendendosene garante, e infine decide sulla norma che dovrà imporsi. Certo, il decisore non viene meno [neppure in questo schema], però al regime di *gouvernement* – il decisore che pone atti qualificabili come tali — si aggiunge, nel processo di presa di decisione, un regime di *gouvernance* — la quale non presuppone affatto la delega di sovranità. In un simile regime *misto* il decisore ha il compito di selezionare, ai fini della propria decisione, uno fra i molteplici piani d'azione elaborati dagli esperti. Piani d'azione, si è detto: gli esperti, in effetti, hanno per missione di allestire *piani* in vista di un'*azione*, quella che permetterà di realizzare in maniera soddisfacente il progetto formulato dalla società civile. L'attività di quest'ultima, infatti, non è più limitata alla protesta, alla contestazione o al lavoro di *lobbying*. Essa ha un proprio ruolo, un proprio posto e una specifica responsabilità nel processo di preparazione delle decisioni pubbliche » (p. 375).

Pare di sentir accenti spinoziani in questo elogio della « specifica responsabilità » della società civile, della *gouvernance* nel suo rapporto con il *gouvernement*. Una società civile la quale mostra di essere *sui juris*, dunque *ragion giuridica* che non ha in nulla alienato la propria specifica potenza di pensare e di agire all'interno di una logica contrattualistica eminentemente « moderna »; invece, una società civile che mostra di essere sempre sovrana, vale a dire libera perché « non definibile *a priori* quale oggetto *dato*, il quale si rivelerebbe all'osservatore nel corso dell'osservazione » (p. 96).

« [La ragion giuridica] emerge [invece] sulla base del comportamento globale di un sistema giuridico e delle sue connotazioni. Non è né causa né legittimazione; è riflesso della causa o della legittimazione. Ordinata e ordinante, essa è un elemento permanente e stabile che fa emergere il movimento del sistema giuridico per contrasto; essa rende

perenne la coerenza nel movimento del sistema normativo. È un principio universale di regolazione della regolazione: ha la competenza di un principio universale metaregolatore» (*ibidem*). Un rapporto leggibile in termini di riflesso, di specchio — si può aggiungere, di parallelismo — tra sistema giuridico e sue connotazioni.

5. Nella pagina ora letta si esprime al meglio la tesi di fondo del volume, la quale emerge nitida dopo un articolato percorso attraverso quattro passaggi.

Il primo concerne la rappresentazione della « nuova costituzione sociale » che prende il posto dell'ordine al tramonto. È il tema del cap. I, *La fine di un ordine*: la rinascita del mercato, la dialettica globale/locale, l'emergere di attori inconsueti, la contrattualizzazione sistematica degli scambi, etc.

Il secondo descrive il « sovvertimento della regola del gioco » del mercato nei suoi strumenti giuridici tradizionali (cap. II, *Un gioco sovvertito*), per il tramite della dialettica fra diritto giudiziario e regolamentazione statale, fra diritto minimo e regolazione partecipativa, fra diritto internazionale e regolazione multilaterale, etc.

Arnaud analizza in seguito la riconfigurazione dei luoghi di regolazione (cap. III, *L'« irregolare declino » del dire-diritto*). È la questione della rappresentanza e delle trasformazioni dei luoghi della regolazione, dove vengono elencate cinque articolazioni del fenomeno della globalizzazione: si parte da una globalizzazione *from above*, operata da blocchi regionali, istanze internazionali e globali etc.; si passa per quella *from below*, la quale si esprime attraverso la decentralizzazione, l'intervento di autorità regolatrici, il settore privato; poi per quella *through* di Internet, dei mercati finanziari, del controllo della criminalità transnazionale, etc; quella *alongside*, che percorre sia vie paragiudiziarie per la regolamentazione dei conflitti, sia strade « ribellistiche » ed esterne al quadro statale, per es. i « giudici alternativi » brasiliani negli anni ottanta; si termina con quella *beyond*, i diritti dell'uomo, il patrimonio comune dell'umanità.

Il quarto passaggio del libro provvede infine alla ridefinizione del profilo dei protagonisti del processo in atto, ovvero la riscoperta della società civile (cap. IV, *La condivisione del potere*): le identità collettive, quelle culturali e nazionali, ecc. Con una chiosa sui temi della *governance* ('corporate governance', 'good governance'), sugli *atouts* del concetto, nonché limiti & pericoli.

6. Arnaud riassume così i differenti piani del ragionamento: « la mia tesi è che oggi noi abbiamo a che fare con una razionalità del diritto teleologicamente ludica, segmentata nei luoghi di produzione e di implementazione anche a motivo del sopraggiungere di attori imprevisi; una ragione complessa, che trascorre dalla negoziazione nei suoi modi di produzione normativa verso una partecipazione capace di

rimettere in causa il contratto sociale sul quale poggiano le nostre democrazie rappresentative » (p. 14).

Si legge infatti, nel trascorrere di pagine dense e limpide, di cittadini che sono — che siamo — « tutti [dei] governanti » (p. 385). E ancora, di una *gouvernance* come modo effettivo di partecipazione alla presa di decisioni (p. 392) da parte di « masse, [le quali] vogliono essere ascoltate perché esse sole conoscono e vivono i loro problemi, e loro solamente sono in grado parzialmente di analizzarli e forse formularne modelli, [...] [modelli che il decisore] può perfezionare con l'aiuto di specialisti [in chiave] pluridisciplinare, al fine di concettualizzare piani d'azione » (*Pour une pensée juridique européenne*, p. 297).

Interrompo qui l'articolazione del ragionamento anche perché il volume, al pari di ogni opera che nasce da un rapporto costante nel tempo con temi e problemi di tale ampiezza e rilevanza, può e deve essere compreso solamente attraverso uno sforzo personale di rielaborazione della materia inclusa: non c'è riduzione di complessità che valga, soprattutto al livello di una nuova fondazione « degli elementi filosofici di una società » che « non vanno improvvisati: dovessimo anche impiegare trecento anni, dobbiamo costruire una nuova cattedrale » (*Critique 2*, p. 407). « C'è tutto un cambiamento di mentalità da operare; e decenni di tentativi di instaurazione di società comuniste ci hanno ricondotti alla realtà, insegnandoci che le mentalità non si cambiano con la forza » (p. 387).

È un ragionamento evidentemente ben più ricco quello al quale Arnaud invita il lettore dell'opera, molto più ricco di quanto sia stato possibile fin qui esporre. Sicché la comprensione dei presupposti analitici di un tale sforzo di articolazione della logica della globalizzazione in atto della ragion giuridica trarrebbe ancor più grande vantaggio dal passaggio attraverso gli importanti capitoli 3, 4 e 5 de *Le droit trahi par la sociologie* (cit.), dedicati a vari profili epistemologici delle analisi di Arnaud: ad esempio la questione dell'interdisciplinarietà, o ancora il rilevante tema *bourdieusien* del « campo » giuridico.

Se è vero che « tout espoir n'est donc pas perdu » (p. 389) — lo vogliamo ben credere, in un'ottica di « reinvenzione di un progetto » (p. 357 ss.) e di « volontà di rinnovamento del contratto sociale e di redistribuzione dei ruoli » (p. 378 ss.) —, di certo tale speranza transita fortemente per l'interrogazione su come « il sapere possa esso stesso creare le condizioni e gli strumenti del sapere », possibilità concreta solo se si ammette che è « l'intelligenza [ad organizzare] il mondo attraverso l'organizzazione di se stessa », di modo che « la conoscenza diviene attualizzazione di possibili, ovvero creazione di nuovi possibili » (p. 369). Ad esempio, creazione utopica e perciò preziosa di una « comunità planetaria » (p. 191).

Si tratta dunque di far di conto non solo con un « costituzionalismo sociale » (p. 181), bensì soprattutto con un'« epistemologia costitu-

tiva», la quale può offrire una nuova dimensione al problema della produzione della norma giuridica grazie a un nuovo quadro epistemologico dell'analisi, un quadro fondato sulla prospettiva di interazione fra soggetto ed oggetto, dunque sulla « conoscenza di un *progetto*, o principio di *projectivité* » (*ibid.*).

La lettura del libro — invero, la frequentazione dell'intero progetto di Arnaud, uno scienziato sociale maggiore del tempo presente, scomparsi Carbonnier, Foucault, Deleuze, Derrida, Bourdieu — è altamente consigliata, specialmente in Italia, specialmente a quanti ancora si interrogano, dubbiosi, sul « diritto al presente » in un mondo globalizzato.

FRANCESCO SAVERIO NISIO

ALDO ANDREA CASSI, *Ius Commune tra Vecchio e Nuovo Mondo. Mari, Terra, Oro nel Diritto della Conquista (1492-1680)* [Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Brescia], Milano, Giuffrè, 2004, 496 pags.

En los últimos años asistimos en el campo de la historia del Derecho indiano a una notable eclosión de libros y de jóvenes investigadores, europeos y americanos. En parte, la nueva producción se mantiene sobre el cauce metodológico y las líneas temáticas consagradas por la clásica iushistoriografía, con aportes originales. Junto a ella y en relaciones de buena vecindad, se percibe el brote de un vigoroso movimiento renovador de temas y enfoques, cada vez más numeroso y expansivo, no necesariamente revulsivo ni contestatario que, bajo un perfil crítico y creativo, echa miradas, descubre alternativas y plantea una concepción de conjunto fecunda, que provocan, en suma, la apertura de nuevos campos de conocimientos, con contactos interdisciplinarios que crecen sin cesar. Esto se registra nítidamente en las dos principales vías disciplinarias que nutren la historia jurídica: la historia y el derecho.

Quienes llevamos una vida intelectual consagrada a esta materia recibimos con complacencia esta vivificante manifestación de un 'novísimo Derecho indiano', en el cual a medida que los estudios progresan, las certezas se diluyen, los enfoques se amplían, se varían y también se multiplican en un abanico de cuestiones y filones hasta ahora escasamente explorados. Así la antigua disciplina adquiere un dinamismo que se refleja en la producción científica por su cantidad y, lo que es más importante, por su calidad. La revisión y reelaboración de algunos temas que se daban por esclarecidos, lleva a imaginarnos que estamos ascendiendo los peldaños interiores de una alta torre, donde en los diferentes niveles y planos en los que nos asomamos se observan cosas

nuevas y otras ya conocidas desde una diferente perspectiva ¿Es acaso ésta una representación de la ciencia acrecentada y acumulada por varias generaciones de especialistas?

Estos estudios han tenido la particularidad de desenvolverse dentro de las tradiciones historiográficas nacionales que acompañaron desde dos siglos atrás el movimiento de creación de los Estados nacionales. Es decir, si bien integraron la historia antigua de los países hispanoamericanos, al mismo tiempo adquirieron cierta generalización a partir del empeño de algunos fuertes precursores o promotores. Así el enfoque histórico del Derecho indiano echó, en el primer cuarto del siglo XX, raíces hispanoargentinas, encarnadas en el español Rafael Altamira y en el argentino Ricardo Levene. Fue éste el autor de la primera obra de conjunto en 1924, la *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*, el símbolo más alto de ese movimiento epocal. Después — además de España y Argentina — Chile, Perú, México y otros países fueron dando cauce a estas labores y aunque el matiz nacional fue evidente en todos ellos, los primeros cultivadores quedaron unidos en una suerte de corporación intelectual, sin organizacional formal, que fueron transmitiendo la vocación y el saber a sus discípulos. Se pudo así ir transformando una ‘tradición científica hispanoamericana’, en la cual también convergieron historiadores hispanistas norteamericanos y europeos.

Se trataba, en fin, de recrear lo que había sido, bajo la dominación española, un derecho común a los reinos y provincias, que aunaba fuertes tendencias centralistas y uniformadoras con no menos vigorosos elementos provinciales y locales, de auto-gobierno. En esa recreación histórica influían las activas demandas de los nacionalismos contemporáneos y de las tendencias políticas predominantes. De ahí que el Derecho indiano apareciera en Europa estrechamente vinculado a España, en particular al Derecho castellano, y no al *Ius Commune*. Las historiografías jurídicas nacionales europeas de entonces permanecieron desinteresadas ante el Derecho indiano por considerarlo enteramente ajeno a la esfera de sus intereses intelectuales. No debe sorprender esta actitud cuando un sector de los historiadores españoles apenas enseñaban el Derecho indiano como un pequeño y aislado capítulo de la historia del Derecho español, cuyo interés se habría amenguado, cuando no perdido, después de la emancipación de los países de Hispanoamérica.

Las historiografías jurídicas nacionales de otros países de Europa estaban más abocadas al conocimiento de los tiempos antiguos y medievales, en un evidente desajuste temporal con la irrupción de América en el mundo moderno. Dos sucesos abrieron el camino nuevo al empezar el último cuarto del siglo XX: el vigoroso estímulo que Helmut Coing proporcionó al estudio del *Ius Commune* como derecho europeo; y la decidida ampliación del horizonte temporal de los iushistoriadores del Viejo Continente a la Edad Moderna (como Franz

Wieacker y el mencionado Coing en Alemania o Adriano Cavanna y Paolo Grossi en Italia). Así empezaron a modificarse las circunstancias que habían llevado a estas áreas de labor intelectual a darse la espalda y quedar separadas por un muro que, por momentos, parecía infranqueable.

En el nuevo contexto había posibilidades de que *Ius Commune* y Derecho indiano pudieran establecer un primer acercamiento. Así lo creía yo cuando en 1989 escribía que « para un historiador del derecho que pretenda estudiar el desenvolvimiento europeo del derecho común, el ámbito hispano es insoslayable y dentro de éste, el Derecho indiano representa la puesta a prueba de aquel Derecho en regiones muy alejadas, habitadas por otros hombres, en situaciones inimaginables para los juristas medievales que crearon ese ordenamiento ». Pero — agregaba — que sólo una visión completa del Derecho español se podía adquirir si se examinaba su expansión hacia América y a su turno el eventual influjo de lo indiano sobre la Península. Y por último, acotaba, para cerrar el círculo, que será el propio historiador del Derecho indiano — a veces encerrado en la fascinación del mundo americano — quien encontrará en el viejo tronco europeo los precedentes que le servirán para confrontar con las adaptaciones y creaciones propias de su ámbito. Si bien estas conexiones no eran desconocidas para muchos estudiosos, en realidad no habían merecido la atención requerida ⁽¹⁾.

Con satisfacción se puede afirmar hoy, tres lustros después, que el libro del profesor Aldo Andrea Cassi representa un diálogo historiográfico profundo entre estas dos disciplinas histórico-jurídicas de la cultura occidental. De ello me ocuparé en las páginas siguientes.

Señala Cassi que el interés de la historiografía jurídica italiana por el Nuevo Mundo es « un descubrimiento recentísimo », que él vincula directamente con la relevancia que el profesor Adriano Cavanna dio al conocimiento del Derecho y la cultura jurídica de la Edad Moderna, agregando que fue dicho catedrático quien estimuló sus primeros pasos en este campo de investigación. El terreno « casi intacto » — dice — solo fue activado en la década de 1990 a través de algunos congresos y cursos, de escritos menores y de una tesis doctoral. Recuerda en tal sentido los cursos internacionales de Erice de 1992 y 1998, bajo la dirección científica del profesor Manlio Bellomo, un proyecto de investigación de este último y la tesis doctoral de Luigi Nuzzo — que acaba de editarse. De estos años data también un primer escrito del profesor Cassi. No se trata, empero, de un acontecimiento aislado. En el plano de los estudios tanto históricos como jurídicos, se percibe en el ambiente académico italiano un acercamiento hacia el americanismo

(1) V. TAU ANZOATEGUI, *El Derecho indiano en su relación con los derechos castellanos y común*, en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, a cura di B. Clavero, P. Grossi y F. Tomàs y Valiente, Milano, Giuffrè, 1990, p. 590.

(hispano o latino, según se prefiera) impulsado por diversos estímulos que no es posible explicitar aquí. Por otra parte, el clima crítico y creativo, a la vez, que vive actualmente la ciencia jurídica en Italia es una razón más, si fuese necesario, para pronosticar que se inicia un nuevo camino con plenitud de perspectivas.

¿Qué significa este libro del profesor de la Universidad de Brescia en este contexto? No parece exagerado sostener que es el primero que aborda de manera extensa y profunda la relación de ambos campos de estudio en una determinada instancia histórica. Si bien, como veremos, son sólo desarrollados algunos perfiles y varios de ellos ya examinados en numerosas monografías anteriores, el mérito de la labor del profesor Cassi consiste en haber alcanzado a plasmar una original visión de conjunto de la relación y entramado entre el viejo *Ius Commune* y el naciente Derecho indiano en la faz inicial de la Conquista, pero sin dejar de seguir sus consecuencias posteriores.

Bajo esta idea, bien se puede afirmar que el libro de Cassi — fiel a su título — es una historia del *Ius Commune* en su momento de expansión al Nuevo Mundo con las vicisitudes que experimentó en esa incursión a tierras lejanas y desconocidas. Es allí donde deja su impronta, aun cuando algunas veces el resultado final fuese la creación original de una institución que no respondía a la matriz europea. Pero en esa larga trayectoria por mundos extraños incorporó experiencias, ya en el nivel del pensamiento, ya en el nivel normativo, ya en la formación de nuevas disciplinas o áreas jurídicas (como el derecho natural, el derecho internacional, etc.). Sin embargo, al mismo tiempo, el libro es de historia del derecho indiano, porque el propósito del autor es indagar el proceso histórico de elaboración del estatuto jurídico del Nuevo Mundo y la formulación normativa desplegada a partir de la aplicación a las Indias del *Ius Commune*. Cabe determinar el momento y el modo del surgimiento de interrogantes cruciales, de controvertidas reflexiones, de tentativas de respuesta sobre la realidad, natural y jurídica de los nuevos mares, de las nuevas tierras y de sus desconocidos habitantes y de examinar qué categorías, perfiles e institutos jurídicos de la civilización europea entraron en juego durante aquella empresa epocal y verificar cuál ha sido la experiencia jurídica recogida e incorporada finalmente a la cultura jurídica del Viejo Continente. No se trata pues para el autor de trazar un cuadro histórico del Derecho indiano, de su historia externa y de su sistema de fuentes — que por otro lado el profesor Cassi estima suficientemente examinado — sino de hacer una exploración del « territorio jurídico interior », que constituye la premisa axiológica y cronológica de ese Derecho, y en consecuencia de mostrar en su estrato más profundo al *Ius Commune* como la médula dura del ordenamiento y cultura indios.

De tal modo se percibe que este libro tiene un doble impacto: sobre la historiografía europea y sobre la historiografía indiana. Inaugura así

un diálogo virtual entre ambas áreas de labor, pues significa mucho más que el choque inicial del *Ius Commune* ante la nueva y desconcertante realidad del Nuevo Mundo tal como ha sido puntualizado en la historiografía clásica, ya que significa el exhaustivo seguimiento de ese entramado del tejido jurídico durante dos centurias más, con sus interrogantes, dudas y tanteos. Aparece así el fuerte e influyente accionar del *Ius Commune*, como fuente doctrinal de los juristas, que permite extraer los elementos — a través de la interpretación de sus textos, como el antiguo derecho romano — con los cuales se elaboran las nuevas soluciones requeridas por el Nuevo Mundo.

El 'arco temporal' determinado para esta investigación arranca con la empresa de Colón y concluye con la Recopilación de Indias promulgada en 1680, monumento legislativo que selló definitivamente la imagen del Nuevo Mundo. Pero se debe entender, a mi juicio, que esta fecha final se refiere siempre a las cuestiones que aborda el autor en punto a la fase de la Conquista y no a otras etapas de la evolución del Derecho indiano. La Recopilación, constituida en un formidable corpus de legislación — que atesoraba doctrina y pensamiento — pudo tal vez ser un vehículo de trasmisión utilizado por los juristas europeos. Es este un tema que convendría indagar. Es algo diferente la significación de la Recopilación dentro de la historia del Derecho indiano, pues si bien en la historiografía clásica tuvo lugar central y fue utilizada más de una vez en los esquemas de periodización para marcar una divisoria de aguas y el paso hacia una uniformidad legislativa por imperio de la decisión real, los nuevos estudios, al menos, han atenuado de tal modo esos supuestos efectos, que hoy sería difícil sostener esa fecha como una división temporal en la historia del ordenamiento.

La aplicación del *Ius Commune* a las Indias constituyó un gran esfuerzo. Debía ser inventado, descubierto y elaborado el estatuto jurídico de aquel Mundo Nuevo, que ofrecía a los europeos asombrados un mar inmenso y tierras ilimitadas, habitadas por indios, fuera de los confines de 'la humanidad' entonces conocida. Cosas todas que no parecían ser conducibles a la realidad física del Viejo Mundo, tanto menos a la jurídica. Aquí resuena, una vez más, aquella conocida frase que fray Jerónimo de Mendieta le escribía a su superior desde las Indias en 1562: « [...] que ni Código ni Digesto, ni hombre que había de regir a indios por ellas pasara a estas partes; porque ni Justiniano hizo leyes, ni Bártolo ni Baldo las expusieron para este nuevo mundo y su gente[...] ».

Para Cassi el proceso de la Conquista — en donde coloca el meollo de su investigación — tuvo una dimensión jurídica de tales proporciones que no fue conocida en otras exploraciones o viajes de su tiempo, y que asumió un papel decisivo en toda esa fase y alguna vez hasta precediéndola. El esquema de trabajo establecido, ha llevado al autor a seleccionar determinados temas-clave, en los cuales profundiza con una

buena base documental y bibliográfica, acompañado con sentido crítico y reflexivo.

De ahí que en la parte central de la obra se dediquen extensos capítulos al Mar Océano, a la nueva Tierra, a las encomiendas, a la condición jurídica de los indios y finalmente a la denominada 'guerra justa', que fue para él, como alegóricamente la define, «la llave del cofre», del Nuevo Mundo, de ese cofre que contenía las perlas, el oro y los mismos indios, que constituían, en fin, el legítimo botín del conquistador.

Los nuevos mares representaron el primer desafío para el jurista europeo: el gran mar Océano, diverso ontológica y jurídicamente del *Mare Nostrum* mediterráneo. Fue luego la exploración de la Tierra Firme, que aparecía para los conquistadores como una inmensa *res nullius* a organizar. Para esto último, surgió el instituto jurídico-económico de la encomienda, que no es reconducible, según el autor, al feudo europeo.

La atribución al indio de su condición de hombre y la elaboración de su estatuto jurídico constituyeron, para Cassi, una extraordinaria operación intelectual y una de las fases centrales de la Conquista. Al fin, el indio fue reconocido como 'hombre' y como 'súbdito' libre. Sin embargo, la necesidad de contar con una considerable fuerza de trabajo llevó a establecer limitaciones a esa declaración. Volvía el *Ius Commune* a hacerse presente al tratarse de admitir la reducción a esclavitud de los indios capturados por los conquistadores en guerra con ellos, en virtud del principio de *iure bellis*. Pero, sin duda, fue la controvertida figura del *servicio personal*, la que abrió cauces al aprovechamiento por parte de los conquistadores de las preciosas cosas que les deparaba el Nuevo Mundo: el oro, la plata, las perlas, la coca. Temas que el autor profundiza con un extraordinario realismo, haciendo uso del ejercicio comparativo y concluye afirmando la originalidad de algunas de las soluciones adoptadas.

Sostiene Cassi que la dimensión jurídica de la Conquista dio a los juristas una activa participación en la elaboración teórica de la justificación de la empresa castellana. En la necesidad de contar con puntos de orientación y de referencia que le permitieran relacionar en el plano jurídico el derecho de los países europeos con la realidad de las nuevas tierras descubiertas, el primero de los instrumentos de trabajo que podía orientarlos era el *Ius commune*, en la convicción de que el mismo ofrecía en todo tiempo y lugar una luminosa indicación hacia la justicia. De ahí que se aplicasen en esa primera fase, categorías conceptuales e institutos del derecho común como *inventio*, *res nullis*, *donatio*, *auctoritates*, y *bellum iustum*.

Otro punto de referencia era el Derecho natural, cuyo empleo aparece renovado en los debates sobre la conquista. En esta época se fue construyendo con cierta rapidez una concepción nueva del mismo

de la que participaban, en distintos ámbitos, la Escuela de Salamanca y autores como Althusius y Grocio, entre otros. El Derecho natural era mencionado en los textos, no sólo jurídicos, que aproximaban una respuesta a las cuestiones del Nuevo Mundo, orientadas a conseguir la justicia, con la certeza de que la noción europea de 'razón', podía colmar la distancia que separaba a ambos mundos. La noción de lo 'justo' era tal para todos, para Dios, el juez y el hombre común, involucrando a todo el círculo del saber.

Si bien el Derecho común y el Derecho natural no ofrecían respuestas satisfactorias a las dudas planteadas, ambas contribuyeron a conducir y resolver, adoptando principios y creando otros nuevos, los problemas surgidos en el proceso de la Conquista.

El jurista, con su oficio, y el Derecho, como un saber experimentado, tendieron así a llenar el vacío que significaba el paso de un mundo conocido a otro novedoso, lejano y misterioso, colmado por la utopía filosófica y religiosa, que llevaba a proponer un "nuevo inicio" de la civilización. Así el Derecho, como realidad cultural, plasmó en el nuevo ordenamiento la realidad natural del Nuevo Mundo y pudo ofrecer respuesta a una de las crisis de conciencia colectiva — en todos los niveles de la sociedad española empezando por la Corona — más vibrante y penetrante de la civilización europea.

Los materiales de trabajo que el autor ha reunido para la elaboración de la obra son objeto de un examen especial en el texto y de una descripción detallada en el medio centenar de páginas que cierran el volumen. Bien puede decirse que son exhaustivos, en la medida relativa que es propia de la labor de investigación y son pertinentes a las materias abordadas. Se trata de la utilización de fuentes documentales editas e inéditas y de una abundante bibliografía. Dentro de las fuentes doctrinales antiguas ha elegido cuatro autores para dar cuenta de una 'ciencia nueva del derecho': Francisco de Vitoria, Bartolomé de Las Casas, Juan de Solórzano Pereira y Serafím Freitas. Son 'puntos cardinales' para orientarse en el *mare mágnum* de la 'cuestión' de las Indias. Se ocupa también de lo que denomina 'tratadística divulgativa' que compendia y divulga los términos del problema. Presta especial atención en este punto a un tratado sobre la condición jurídica de los no cristianos del jurista friulano Marquardo de Susannis, que dedica a los indios un capítulo, lo que considera un ejemplo rarísimo en la literatura italiana del siglo XVI. Otro nivel es la llamada 'literatura militante', bajo la cual se encuadra a una enorme cantidad de tratados, memoriales, pareceres y otros escritos menores entre los que elige como ejemplos a tres autores dominicos dotados de cultura jurídica: Juan Ramírez, Vicente Palatino de Curzola y Reginaldo de Lizárraga.

En cuanto a la bibliografía hace una apreciación general de la vastísima producción científica de la historiografía hispanoamericana, articulada en orientaciones y métodos diferentes, que conforman cor-

rientes contrapuestas, que generan una vivaz discusión, que no podría dejar de incluir a la propia historia del derecho. Frente a esta situación, el autor confiesa su propósito de iniciar « con la mayor imparcialidad y sencillez posibles » su investigación sobre el Derecho en el Nuevo Mundo. En este sentido, bien puede decirse, que el autor logra en su planteo y desarrollo historiográfico, evitar caer en los marcos « apolo-géticos » o « denigratorios » de la colonización hispana en América. Usa y aprovecha una rica información que expone con medida erudición y claridad, aún en notas al pie de página. Buenos ejemplos de ellos son los que dedica a la noción de Derecho indiano (p. 75, nota 166), y a la condición política de las Indias (p. 14, nota 31), en donde se perciben breves, pero certeras elaboraciones sobre el estado historiográfico de ambas cuestiones.

En unas muy sugerentes páginas conclusivas, Cassi expone, si cabe, el aspecto más novedoso de su libro, es decir el retorno del *Ius Commune* a Europa después de su viaje al Nuevo Mundo. El descubrimiento y conquista — dice — significaron el invento y la fatigosa adquisición de nuevos derechos y en definitiva de un Derecho nuevo, también para el Viejo Mundo. Cassi sostiene que en su indagación ha querido prestar una atención prevalente sobre el instante del impacto, en el cual el *Ius Commune* a través de un movimiento de refracción entró en contacto con el Nuevo Mundo (la masa de agua del Océano, la nueva Tierra Firme y sus monstruosos habitantes); y sobre el ‘rimbalzo’ que como onda larga del reflujó ha delineado nuevos cauces e irrigado diversos campos del derecho, contribuyendo en medida superior a cuanto hasta ahora se ha percibido a la formación del derecho moderno, incluidas naturalmente ciertas líneas del pensamiento jurídico. De tal modo — concluye Cassi — el impacto, en efecto, no marcó solamente el destino del Nuevo Continente, sino también impregnó la cultura jurídica y, más aún, la civilización del mundo europeo.

Quedan todavía muchas cuestiones sobre las cuales es preciso trabajar. Así el libro de Cassi se vuelve en estas últimas páginas en un programa de nuevas investigaciones, que ya ha empezado con proyectos propios y de otros estudiosos. Propone, como posibles indagaciones futuras cuestiones tan sugerentes como la comparación entre Conquista y Reconquista; la confrontación entre la conquista en las culturas jurídicas española e inglesa en América del Norte; la formación de un nuevo derecho internacional de guerra, a partir de la noción de comunidad internacional; la contribución que la dimensión jurídica de la Conquista hizo sobre el campo del derecho privado y sobre lo que hoy denominamos derecho comercial, donde sobresalen temas posibles como ‘el justo precio’, la ‘*res nullius*’ y ‘*res communes*’ y la ‘*occupatio*’, o el de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Se ocupa también de destacar, como asunto de gran envergadura, el examen de los aportes que debates y dudas sobre la Conquista tuvieron en la elaboración

jurídica del iusnaturalismo moderno, uno de los momentos centrales de la cultura jurídica occidental. Es, en fin, muy sugerente la indicación que hace sobre el tema de los 'derecho humanos', aunque en este caso, el interés de su relación consiste en que el tema — de desbordante producción actual — sea tratado con adecuada adaptación a los tiempos.

En la dirección apuntada no deja de ser un interesante apunte el formulado por el profesor Cassi al cerrar el volumen, con respecto a la inmensa literatura — jurídica y no jurídica — producida por la empresa castellana, que representa — como ningún otro acontecimiento histórico — una introspección de análoga dimensión en la conciencia de una civilización. El libro alcanza así un rol fundamental en la Conquista y fue el medio con el cual el Viejo Mundo vio desdoblarse la Natura, la cosa de aquel otro mundo, su *ratio* y su objeto, su estatuto antológico y jurídico. Pero aún algo más. En sus páginas se reflejaba la concepción del mundo, la ideología del Viejo Continente, por lo que fungían de espejo en el cual se podía ver a sí misma la civilización europea toda, no solo la jurídica.

Si ciertos juegos de palabras y la utilización de determinadas alegorías se incorporan a la obra, no como elemento puramente literario, sino para dar fuerza a la argumentación desplegada, presentándola de manera más contundente al lector, son, a mi juicio, los dos interrogantes principales que estampa, uno al comienzo, el otro al final de la obra, lo que constituyen afirmaciones conclusivas de su tesis, aunque de hecho queden sometidos a un programa de indagaciones y reflexiones. La introducción lleva el título « ¿Un derecho antiguo para el Nuevo Mundo? » y la conclusión pregunta: « ¿Un derecho nuevo para el Viejo Mundo? ». El viaje imaginario en el que a través de casi quinientas páginas, el autor ha conducido al lector, navegando por el inmenso y tenebroso Mar Océano, e incursionando por la inmensa y sorprendente tierra nueva, depara al fin, a su retorno al Viejo Continente la instancia de que la experiencia jurídica indiana cala profundamente en el antiguo Derecho y lo transforma en uno nuevo. Todo un atractivo y necesario programa de investigación y debate que se abre dentro del ámbito de la lengua y cultura jurídica italiana, pero que involucra sin duda a iushistoriadores de ambos continentes.

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

« DIRITTO PRIVATO », 2001-2002 — VI-VII *L'interpretazione e il giurista*

Il volume curato da Giovanni Furguele è dedicato — nella sua parte centrale, alla quale farò riferimento — a un tema apparentemente 'classico': l'interpretazione giuridica; un tema consolidato dalla tradi-

zione, che fa la sua figura nel salotto buono del giurista, esposto in vetrina e coperto di nobile polvere. La realtà è però diversa: il modo con cui il volume è pensato, presentato e strutturato è a mio avviso l'espressione puntuale di un clima nuovo; non la celebrazione rituale di una gloria di famiglia, ma l'occasione per ripensare il ruolo del giurista *sub specie interpretationis*.

Si dirà: il giurista è da sempre un interprete. Anche solo guardando all'esperienza storica europea, la nascita basso-medievale di un sapere giuridico complesso e sofisticato coincide con l'interpretazione di un grande testo prescrittivo, il *Corpus Iuris*. Potremmo anzi alzare il tiro e sostenere che la cultura giuridica ha ben pochi rivali, fra le scienze umane e sociali, nella pratica e nella teoria dell'interpretazione. Solo la teologia può vantare un altrettanto importante pedigree ermeneutico. Tanto il teologo quanto il giurista, infatti, non possono prescindere da qualche testo autorevole, assunto come punto di partenza e insieme come fondamento di legittimazione dei rispettivi saperi. Proprio per questo non è solo nel medioevo cristiano che teologia e diritto appaiono collegati: sono le strategie argomentative di entrambi i sapere a condividere non pochi profili, a stare alla tesi limpidamente formulata da Leibniz; e non è forse un caso che a richiamare l'attenzione sugli scritti leibniziani dedicati al nesso teologia-diritto sia stato, negli anni Cinquanta, un giurista più di altri sensibile, in quella temperie culturale, al tema ermeneutico: Ascarelli (1).

È vero dunque che da sempre il giurista interpreta testi: commenta il *Corpus Iuris*, gli editti del principe, i codici, le costituzioni. Certo, potremmo evocare l'eroe di Molière, inconsapevole prosatore, e sostenere che il giurista ha sempre fatto dell'interpretazione senza saperlo. Sarebbe però una *boutade* ingiusta, perché il giurista non ha solo praticato, ma ha anche teorizzato l'interpretazione (e addirittura alcune regole ermeneutiche sono state ospitate in testi prescrittivi, aprendo un singolare processo *ad infinitum*).

L'interpretazione è dunque effettivamente un tema da sempre familiare per il giurista. Ciò però a mio avviso non basta a negare l'avvento, in tempi relativamente recenti, di ciò che vorrei chiamare un *hermeneutic turn*: una vera e propria 'svolta' ermeneutica nella cultura del giurista. Vorrei addurre una prova indiziaria, ma, spero, eloquente, di questa impressione. Pensiamo a Emilio Betti. Betti non si occupa soltanto dell'interpretazione della legge, ma costruisce un'ambiziosa ermeneutica generale, nel tentativo di studiare non tanto l'interpretazione *del* (e *nel*) diritto quanto il diritto *nell'*interpretazione. Il suo obiettivo insomma è richiamare l'attenzione sul fatto che l'interpreta-

(1) T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in Th. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, G.W. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum...*, Milano, Giuffrè, 1960.

zione non è un capitolo accanto ad altri del sapere giuridico, ma si pone al suo centro, ne definisce la strategia costitutiva. È questa tesi che dà la misura dell'importanza e dell'originalità del messaggio di Betti, ma è proprio questa tesi che fa di Betti, ancora negli anni Cinquanta, se non una *vox clamantis in deserto*, certo un personaggio più rispettato che capito: appunto perché i tempi non erano ancora maturi per quella svolta ermeneutica di cui Betti era un troppo precoce sostenitore. Quando Betti discuteva accanitamente con Gadamer, quanti erano i giuristi italiani non dico capaci di dissertare sul filosofo tedesco, ma anche solo informati della sua esistenza?

Per fortuna, questi tempi sono ormai lontani, la svolta ermeneutica è compiuta e i giuristi discutono ormai di interpretazione nella piena consapevolezza del suo ruolo centrale nell'organizzazione del sapere e della pratica giuridica ⁽²⁾. È questa la tesi limpidamente enunciata da Giovanni Furguele nelle pagine di introduzione al volume; un volume importante perché non è il frutto di una moda, non è la registrazione passiva di un clima culturale, ma è un contributo attivo e fattivo; un contributo che non solo muove dall'assunto del ruolo centrale dell'interpretazione, ma offre di questa tesi puntuali verifiche in molteplici settori disciplinari. Ovviamente, e fortunatamente, i testi presenti nel volume non sono monocordi espressioni di un unico credo ermeneutico; e tuttavia per nessuno di essi l'interpretazione è il pretesto di declamazioni dottrinarie, bensì è una bussola con la quale ripercorrere dall'interno il sapere giuridico nelle sue molteplici concrezioni disciplinari.

I contributi che compongono il volume spaziano dalla filosofia del diritto al diritto costituzionale, al diritto privato e commerciale, al diritto penale e mi mancano il tempo e soprattutto la competenza per esporne i risultati con l'attenzione che essi meriterebbero. Non riuscirò quindi a rendere giustizia agli autori e mi limiterò a una lettura trasversale del volume, menzionando solo alcuni dei temi più generali e ricorrenti.

Non insisterò sul tema cui ho già accennato e che coincide con il senso stesso e la condizione di unità del volume: il tema — richiamato da Giuseppe Zaccaria nel saggio che dà inizio il volume ⁽³⁾ — della centralità dell'ermeneutica nella cultura occidentale e nel sapere giuridico. Non è però solo un filosofo ad enunciare questo principio. Ennio Russo apre il suo saggio con questa netta dichiarazione: « il tema dell'interpretazione ... può essere assunto ad indicare l'intera esperienza giuridica », al punto che la stessa attività costruttiva e sistematica

(2) Un importante, recente esempio è offerto da A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

(3) G. ZACCARIA, *Testo giuridico e linguaggi: una prospettiva ermeneutica*, in « Diritto privato », 2001-2002, pp. 5-33.

del giurista appare riconducibile all'interpretazione come al suo nucleo generatore (4).

Il sapere giuridico è interpretazione. È intorno a questo enunciato che si snodano i molteplici problemi e si delineano le diverse, o anche opposte, prospettive ermeneutiche presenti nel dibattito, giuridico e non solo giuridico, contemporaneo. Zaccaria fa riferimento a orientamenti che soprattutto in America hanno tenuto a lungo il campo: da un lato il decostruzionismo, dall'altro lato l'intenzionalismo e l'originalismo.

Il decostruzionismo è l'espressione di un radicale nichilismo ermeneutico: non esiste, in questa prospettiva, un significato del testo che l'interprete è chiamato ad accertare; l'interprete non tanto interpreta un testo quanto lo riscrive piegandolo liberamente alle sue strategie comunicative. Cade, come osserva Zaccaria, il senso stesso dell'operazione interpretativa, che è tale in quanto impegnata nella difficile scommessa di gettare un ponte fra due mondi, fra il soggetto interpretante e il testo interpretato.

L'intenzionalismo, soprattutto se coniugato all'originalismo, come è avvenuto nel dibattito americano sull'interpretazione della costituzione, sostiene un approccio in qualche modo rovesciato: il testo appare dotato di un significato 'oggettivo', riconducibile alle intenzioni dei suoi creatori e come tale vincolante per i suoi odierni lettori. A prendere sul serio questa prospettiva, usciremmo, anche in questo caso, dall'alveo di una vera e propria operazione ermeneutica, ma in una direzione opposta al decostruzionismo: se per il decostruzionismo è il testo interpretato ad essere interamente assorbito nel discorso che finge di interpretarlo, per l'originalismo è l'interprete che si illude di farsi mero specchio del testo, crede di poter riflettere il testo per quello che è annullando la propria soggettività e il proprio mondo di vita.

Per fortuna, nessuno dei saggi che compongono il volume inclina a queste pericolose scorciatoie e tutti sono consci della rischiosità ma anche dell'inevitabilità dell'operazione ermeneutica: interpretare è tentare di entrare in contatto con un'alterità, consapevoli, al contempo, della distanza che separa i due mondi e dell'urgenza di gettare un ponte fra essi. Non esiste quindi un senso già dato del testo: il testo, tanto per usare un vecchio titolo di Umberto Eco, è un'opera aperta, suscettibile di sempre nuove attribuzioni di senso.

Mi sembra che il saggio di Paolo Caretti e Vanni Boncinelli si misuri con questo problema delicato (5). Il saggio è un'acuta analisi di ciò che è (e, al contempo, di ciò che dovrebbe essere) l'interpretazione costituzionale. Il problema di fondo mi sembra essere il rapporto fra la

(4) E. RUSSO, *L'interpretazione della legge civile*, ivi, p. 274.

(5) V. BONCINELLI, P. CARETTI, *L'interpretazione della costituzione: linee di tendenza giurisprudenziali e dottrinarie*, ivi, pp. 211-74.

fissità attribuita ai valori e ai principi ospitati dalla carta costituzionale e le trasformazioni storico-culturali successive, la tensione fra il rispetto del messaggio originario del testo e l'esigenza di aprirlo, di sollecitarlo verso ulteriori significazioni.

Il saggio si muove con equilibrio fra questi estremi: non solo suggerisce precise soluzioni alle singole questioni affrontate, ma anche svolge una riflessione di secondo grado sul tipo di argomentazione caratteristica di una siffatta impresa ermeneutica; un'argomentazione che appare ispirata al criterio prudente e probabilistico del ragionevole, piuttosto che a una rigida catena di deduzioni. La ragione ermeneutica, in questa prospettiva, sembra essere una ragione debole: legata alla retorica (in senso perelmaniano), funzionale alla persuasione, consapevole del carattere provvisorio e incerto delle conclusioni raggiungibili.

Non tutti i contributi comunque sottoscrivono una siffatta visione dell'argomentazione giuridica: Russo ad esempio è convinto che il discorso giuridico, in quanto interpretativo di un testo normativo, sia un discorso « verificabile », un discorso che « può essere dichiarato vero o falso » (6). Diverse immagini dell'interpretazione sono presenti nel nostro volume (e si tratta, beninteso, di una sua ricchezza, non di una sua debolezza); e tuttavia il volume trova una sua precisa unità non soltanto perché tutti i saggi si iscrivono nel medesimo campo problematico, ma anche perché essi convergono nel mettere a fuoco, da diverse prospettive, alcuni temi di grande rilievo.

Uno di questi temi si pone al centro del saggio di Baldassarre Pastore (7), ma circola in realtà in tutti i contributi e trova una sorta di verifica sperimentale nel saggio di Angelo Luminoso, dedicato al problema dell'interpretazione nel diritto comunitario (8). Il tema a cui mi riferisco riguarda il ruolo del giurista e la convinzione ampiamente condivisa è che il giurista svolge un ruolo oggi più che mai determinante. Certo, anche nel periodo del più rigoroso e ottocentesco statalismo, il funzionamento concreto dell'ordinamento giuridico passava attraverso il filtro obbligato dell'interpretazione (dottrinale e giurisprudenziale). Oggi però sono cadute le illusioni coltivate dall'imperativismo statalista: si moltiplicano le fonti, si indeboliscono le sovranità nazionali, si accentua l'intreccio di sistemi normativi molteplici e l'unità dell'ordinamento non può più essere presupposta, ma deve essere, per così dire, quotidianamente inventata e verificata dal giurista e dal giudice (valga, come esempio di grande rilievo, il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione dell'ordine europeo).

È l'interpretazione del giurista e del giudice, dunque, il più robusto

(6) E. RUSSO, *L'interpretazione della legge civile*, ivi, p. 282.

(7) B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, ivi, pp. 65-95.

(8) A. LUMINOSO, *L'interpretazione del diritto comunitario. Regole e tecniche*, ivi, p. 579.

tessuto connettivo dell'esperienza giuridica. A questo proposito però emerge subito un altro problema. L'interpretazione giuridica e in particolare l'interpretazione giudiziale evoca un'operazione connessa ma concettualmente distinta: l'applicazione della norma. Quale è il nesso fra interpretazione giuridica e applicazione del diritto? A questa domanda offre una risposta molto netta Riccardo Guastini che, collocandosi nell'orizzonte della riflessione kelseniana, sostiene brillantemente la tesi della disgiunzione concettuale fra interpretazione e applicazione (9).

Prevale però nel volume l'orientamento contrario, che sottolinea l'inopportunità di separare, nell'analisi della concreta dinamica giuridica, il momento dell'interpretazione dal momento dell'applicazione del diritto. Francesco Viola, ad esempio, presenta l'interpretazione-applicazione del diritto come un'operazione sostanzialmente unitaria, richiamando l'attenzione sul fatto che il carattere polisemico del testo, la sua apertura ad una pluralità di significati, emerge con particolare evidenza nel momento in cui l'attribuzione di senso è funzionale alla qualificazione giuridica di un 'caso' (10).

L'interpretazione di un testo, insomma, è strettamente legata a un contesto e alle sue specifiche esigenze: le stesse regole ermeneutiche, come afferma Umberto Tombari a proposito degli statuti societari, devono essere riferite, per usare la sua espressione, a « contesti situazionali omogenei », hanno insomma una validità 'locale', inseparabile dalla loro dimensione pratica e applicativa (11). Peraltro, già Emilio Betti aveva sostenuto che proprio il momento dell'applicazione della norma dava all'interpretazione giuridica un'impronta peculiare e contribuiva a differenziarla da altre operazioni ermeneutiche.

L'interpretazione giuridica non è dunque un'attività asettica e disinteressata; essa è funzionale all'applicazione, è situata in un preciso contesto storico-culturale, è intrisa dei valori, delle aspettative, delle finalità che lo caratterizzano. Proprio per questo (o anche per questo) essa non sfugge al carattere rischioso e ipotetico di ogni operazione ermeneutica. L'incertezza, la provvisorietà, la precarietà sono non già un incidente di percorso, ma una dimensione costitutiva dell'interpretazione giuridica come dell'interpretazione critico-letteraria o dell'interpretazione storiografica. Converrà ricordare a questo proposito, *incidenter tantum*, le belle pagine di Calogero sul giudice e lo storico (12): proprio perché entrambi impegnati nel tentativo di compren-

(9) R. GUASTINI, *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, ivi, pp. 35-47.

(10) F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminazione della regola giuridica*, ivi, pp. 49-64.

(11) U. TOMBARI, *L'interpretazione degli statuti di società. Profili di ermeneutica giuridica*, ivi, pp. 505-506.

(12) G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Cedam, Padova 1937

dere fatti trascorsi attraverso l'impiego di testi 'indiziari', le loro operazioni sono sorrette non già dalla rassicurante logica deduttiva sillogistica, ma da un più rischioso procedimento inventivo e costruttivo. Resta fermo dunque che l'interpretazione giuridica, come ogni operazione interpretativa, si muove sul terreno della soggettività, della logica probabilistica, dell'incertezza. Si pone però per essa un problema formidabile che non riguarda altri, più contemplativi e innocui esercizi ermeneutici: a differenza di questi (o comunque in misura di gran lunga maggiore) l'interpretazione-applicazione del diritto incide a fondo sull'esistenza individuale e collettiva. La precarietà delle sue strategie e dei suoi risultati è quindi socialmente e politicamente inquietante. In particolare, la sua costitutiva incertezza rischia di entrare in rotta di collisione con un principio di fondo della civiltà giuridica moderna: il principio della certezza del diritto.

L'esigenza della certezza, da un lato, e, dall'altro lato, la constatazione, difficilmente smentibile, della fragilità e precarietà dell'interpretare: è un contrasto, tendenzialmente aporetico, che molti saggi tengono presente sullo sfondo, ma che alcuni autori assumono come un tema, o come il tema, dominante del loro contributo. È il caso di Francesco Palazzo, che dedica un'approfondita e appassionata analisi al confronto-contrasto fra l'esigenza della tipicità, particolarmente forte nel diritto penale, e l'opposta tendenza, non dico a travolgere, ma certo a indebolire, nel concreto processo di interpretazione-applicazione del diritto, gli steccati e i vincoli giuridico-formali ⁽¹³⁾. Si tratta di un processo che, prima ancora di essere esplicitato e teorizzato, si svolge fra le pieghe della quotidiana interpretazione e applicazione del diritto. E allora: vige il dogma del divieto di analogia in diritto penale, a tutela del principio della tipicità e della certezza della pena, e tuttavia al contempo qualcosa del ragionamento per analogia, scacciato dalla porta principale, rientra dall'ingresso secondario, come componente subliminale, ma difficilmente eliminabile, di ogni operazione interpretativa-applicativa (su questo tema complesso occorre comunque tener presente le equilibrate riflessioni svolte nel saggio di Andrea Belvedere ⁽¹⁴⁾). E ancora: da un lato è forte e diffusa l'esigenza di legarsi al testo, di rivendicare, come scrive Palazzo, « il ruolo preponderante del dato linguistico e testuale nell'interpretazione della norma penale » ⁽¹⁵⁾; dall'altro lato, però, è innegabile la tendenza, soprattutto sul fronte dell'interpretazione giurisprudenziale, a sollecitare i testi, ad arricchire, ma anche a complicare, il quadro concettuale di riferimento con il massiccio ricorso ad altri saperi, ad attribuire in definitiva al giudice una discrezionalità e una

⁽¹³⁾ F. PALAZZO, *Regole e prassi nell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in « Diritto privato », 2001-2002, pp. 507-556.

⁽¹⁴⁾ A. BELVEDERE, *Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni*, *ivi*, pp. 557-77.

⁽¹⁵⁾ F. PALAZZO, *Regole e prassi*, *cit.*, p. 519.

latitudine di poteri non facilmente componibili con il principio della certezza del diritto, con il principio cioè della prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell'azione individuale.

Il diritto penale è indubbiamente il settore dove la tensione fra l'esigenza di un diritto certo e la consapevolezza di un'attività ermeneutica più costruttiva che ricognitiva appare forte e drammatica: non per caso Montesquieu, convinto del circolo virtuoso esistente fra legge, libertà e sicurezza, indicava nel diritto penale, per un verso, il baluardo, ma, per un altro verso, la minaccia maggiore per la libertà individuale: « È [...] dalla bontà delle leggi penali che dipende principalmente la libertà del cittadino »⁽¹⁶⁾ — scrive Montesquieu nel XII libro dell'*Esprit des lois* — e i progressi compiuti in questo campo « interessano al genere umano più di ogni altra cosa al mondo » perché su essi « si può ben fondare la libertà »⁽¹⁷⁾.

Perché ciò avvenga, però, perché la libertà-sicurezza dei soggetti sia realizzata e non compromessa dall'ordinamento, perché il diritto (e innanzitutto il diritto penale) sia certo, sono indispensabili non solo alcuni dispositivi costituzionali (la divisione dei poteri, il primato della legge), ma anche alcune convinzioni culturali: precisamente la convinzione che la legge possa e debba essere un testo prescrittivo perfettamente trasparente e che il giudice possa di conseguenza limitarsi ad accertarne il senso.

È questa la *received view* dell'ermeneutica otto-novecentesca: la sua 'teoria classica', per usare l'espressione di Valentina Calderai, che ne riscontra l'incidenza anche sul tema dell'interpretazione dei contratti, cui è dedicato il suo saggio⁽¹⁸⁾. Ed è questa teoria ermeneutica a sorreggere anche la complicata parabola dello Stato di diritto. Lo Stato di diritto, anche lo Stato di diritto costituzionale (lo Stato di diritto reso pensabile dalla teoria kelseniana) non è solo il prodotto della teoria costituzionale e amministrativa. Una sua essenziale condizione di possibilità è costituita da una precisa, anche se non sempre esplicitata, teoria ermeneutica: un'ermeneutica convinta della trasparenza del testo legislativo e della possibilità di accertarne univocamente il senso; convinta di poter ricondurre la decisione giudiziale al famoso sillogismo (di cui Rocco ancora nel 1906 tesseva le meraviglie⁽¹⁹⁾); convinta del carattere oggettivo, impersonale, irrefutabile della logica del giudice. Solo una siffatta 'assunzione previa' rende comprensibile un orientamento ricorrente: quello di attribuire a un organo giurisdizionale il

⁽¹⁶⁾ Ch.-L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino, UTET, 1952, XII, 2, p. 321.

⁽¹⁷⁾ Ivi, XII, 2, p. 322.

⁽¹⁸⁾ V. CALDERAI, *La teoria classica dell'interpretazione dei contratti. Origini, fortuna e crisi di un paradigma dogmatico*, in « Diritto privato », 2001-2002, pp. 343-468.

⁽¹⁹⁾ A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, Bocca, 1906

compito di rintuzzare le intemperanze del potere politico. È il giudice chiamato a bloccare l'invasività e l'arbitrarietà del potere. Opera al fondo un'antica e singolare metaforica antropomorfa. Il potere sta alla volontà come il giudice sta alla ragione. Il potere politico è il trionfo della volontà e ne presenta i vantaggi e i pericoli: la potenza della decisione, ma anche la minaccia dell'arbitrio e dell'eccesso. A frenare la volontà interviene allora la fredda e impersonale logica del giudice (il montesquieuiano potere nullo), coincidente senza residui con la sillogistica deduzione della conseguenza dalla premessa.

Si tratta di un quadro coerente e rassicurante. Il punto è però che il dibattito ermeneutico odierno, e il volume che ne costituisce un'importante componente, rovinano questa immagine idilliaca perché infrangono un tassello del mosaico: cade l'ottimismo razionalistico dell'ermeneutica ottocentesca e il discorso dell'interprete e del giudice appare riconducibile non già ad un'impassibile logica sillogistica, bensì ad una retorica sorretta da categorie e valori, da metafore e da paradigmi, da interessi e da ideologie incompatibili. E appare allora in tutta la sua difficoltà il problema cui è dedicato l'impegnativo e avvincente contributo di Emilio Santoro: la sorte dello Stato di diritto a fronte di un'ermeneutica (potremmo dire, per intendersi) post-positivistica ⁽²⁰⁾. Il punto di partenza del saggio di Santoro è appunto la denuncia dell'oggettiva collisione fra i postulati dello Stato di diritto e il carattere soggettivo, creativo, costruttivo, 'decidente' dell'interpretazione giudiziale. Siamo certi però — è questa la domanda basilare che si pone l'autore — che basti sottolineare il protagonismo del soggetto, il ruolo creativo e decisionistico dell'interprete, per intendere il concreto funzionamento dell'interpretazione e applicazione del diritto?

La risposta di Santoro è negativa perché è a suo avviso riduttiva un'idea sfrenatamente soggettivistica dell'interprete: un interprete che opera in assenza di qualsiasi vincolo e di qualsiasi guida. Il soggetto solitariamente sospeso sull'abisso della decisione (il soggetto di Sartre, opportunamente chiamato in causa da Santoro) e ancora (da un altro punto di vista) il giudice kelseniano, rigorosamente decisionista, non descrivono adeguatamente gli effettivi protagonisti del processo di interpretazione e applicazione del diritto: che non è composto di individui sovranamente liberi e isolati, bensì di interpreti che si formano in una precisa cultura, appartengono a un gruppo professionale, ne fanno parte integrante, ne condividono le definizioni di metodo e di oggetto, adottano un comune stile argomentativo. Il nostro volume, peraltro, offre una verifica puntuale di questo generale assunto sociologico grazie al saggio di Salvatore Mazzamuto, dedicato alla logica del

(20) E. SANTORO, *Stato di diritto e interpretazione. Per una concezione giusrealista e antiformalista dello Stato di diritto*, in «Diritto privato», 2001-2002, pp. 97-210.

precedente giudiziario ⁽²¹⁾. L'interpretazione presuppone insomma non già un interprete autosufficiente, ma una comunità di interpreti, un preciso e compatto gruppo professionale. È possibile quindi, per Santoro che utilizza con intelligenza le suggestioni di Fish, mantenere in piedi due tesi apparentemente contraddittorie: da un lato, riconoscere che il giurista è un interprete che 'aggredisce' il testo, lo de-contestualizza e lo ri-contestualizza in funzione dei suoi bisogni pratici e conoscitivi, lo sollecita spregiudicatamente, ma, dall'altro lato, far presente che il giurista è, per così dire, non tanto un individuo-atomo quanto una figura collettiva, un interprete che legge i suoi testi guidato e sorretto dalla tradizione accolta e praticata dal gruppo professionale di cui fa parte.

Se questo è vero, la certezza del diritto, questo principio consustanziale alla nozione e alla storia dello Stato di diritto, può essere in qualche modo recuperata. La prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle azioni individuali, che sembrava travolta dal crollo dell'ermeneutica positivista — l'ermeneutica del sillogismo giudiziale — può essere in qualche modo ritrovata all'interno di una prospettiva 'realistica', semplicemente studiando, secondo il vecchio consiglio di Oliver Wendell Holmes, ciò che le corti di giustizia realmente fanno. Ci si renderà conto allora che l'interpretazione-applicazione del diritto non è una girandola di decisioni soggettive, ma obbedisce a vincoli, criteri, stili, paradigmi condivisi che la rendono (storicamente) 'ragionevole' e quindi (relativamente) prevedibile.

Che l'interpretazione del giurista e del giudice non sia un'esogitazione solitaria, ma rinvii alla comunità cui il giurista-interprete appartiene è una tesi che, ancora una volta, Emilio Betti aveva già formulato limpidamente. Il punto è però che Betti muoveva da una visione 'classica' dell'interpretazione, credeva nella trasparenza e nell'oggettività ideale dei valori ed era convinto dell'unitario riconoscersi in essi della comunità degli interpreti e della società tutta. Per noi 'post-moderni', l'idea di una spontanea armonia e di una facile convergenza fra giudici e legislatori, fra il microcosmo degli interpreti e il macrocosmo della comunità politica appare invece difficilmente proponibile. Ci resta allora soltanto una strada: rafforzare la consapevolezza dell'importanza determinante dell'interpretazione e, al contempo, richiamare l'attenzione sulla responsabilità dell'interprete. È appunto in vista di questo duplice obiettivo che il nostro volume offre un contributo importante: lavorando in un'ottica interdisciplinare, offrendo analisi precise e puntuali di un problema decisivo, esso contribuisce a fare della cultura giuridica una componente vitale della nostra società.

PIETRO COSTA

⁽²¹⁾ S. MAZZAMUTO, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente*, ivi, pp. 605-628.

GIUSEPPE DUSO (a cura di), *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Roma, Carocci, 2004, pp. 270.

Depuis un bon nombre d'années, Giuseppe Duso a entrepris, seul ou au sein du groupe de chercheurs très actifs qu'il anime à l'Université de Padoue, un travail qui relève indissociablement, comme l'indique le sous-titre d'un précédent livre (1), de « l'histoire conceptuelle » et de la « philosophie politique ». Il s'agit pour lui (pour eux), en pratiquant une version originale — plus « philosophique », si l'on veut — de la *Begriffsgeschichte* « inventée », à la suite d'Otto Brunner, par W. Conze et R. Koselleck, de mettre historiquement en perspective les *Grundbegriffe* de la philosophie politique moderne, et par voie de conséquence de les mettre philosophiquement en question. Un recueil déjà ancien d'études sur Carl Schmitt (2) en offre un bon exemple: il s'agissait bien pour Duso et ses co-auteurs, en prenant en quelque sorte Schmitt comme prétexte, de penser le politique « au-delà de l'Etat », c'est-à-dire au-delà du cadre que la pensée moderne nous a accoutumés à considérer, non sans que cela lui crée toujours plus de difficultés, comme le « lieu naturel » de la politique. Qu'il s'agisse du contrat social (3), du pouvoir (4) ou — thème de réflexion central chez Duso — de la représentation politique (5), l'entreprise est au fond obstinément la même: montrer qu'au-delà de leur évidence trompeuse les concepts politiques modernes sont le produit singulier d'une transformation historique majeure, celle qui précisément a donné naissance à la « modernité », et que du même coup leur destin est lié au sien. Une telle problématique induit deux séries d'effets, que l'on peut retrouver dans *Oltre la democrazia*. D'une part, parce que les concepts philosophiques modernes sont *zeitgebunden*, il faut résister à la tentation d'en faire un usage extensif en dehors du contexte qui les a produits: il n'y a donc pas d'« Etat » grec ou romain, ni même de « démocratie » antique (en tout cas au sens où la modernité, depuis Hobbes, entend la démocratie, à savoir comme une forme de « pouvoir » et non plus comme un mode de « gouvernement »). Dans cette perspective, la lecture des auteurs « frontaliers » de la modernité s'est avérée particulièrement instructive: c'est ainsi que Duso a consacré toute une série de publications à Althusius, dans lesquelles il démonte patiemment la légende, due

(1) G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Roma/Bari, Laterza, 1999.

(2) *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Venezia, Arsenale, 1981.

(3) G. DUSO (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1987; rééd. Milano, F. Angeli, 1993.

(4) G. DUSO (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, Carocci, 1999.

(5) G. DUSO, *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Milano, F. Angeli, 1988.

notamment à Gierke, d'un Althusius « moderne », précurseur de la « démocratie représentative » (6). D'autre part, réciproquement, il convient de mesurer, comme Schmitt nous y incitait à propos de l'Etat, à quel point les concepts modernes, précisément parce qu'ils (ne) sont (que) modernes, ont un destin lié à celui de la modernité. S'il est vrai que nous sommes entrés dans quelque chose comme une « post-modernité » (dont les traits distinctifs sont d'ailleurs loin, à première vue, de faire système), alors il importe de forger d'autres concepts que ceux que la modernité nous a légués et imposés comme cadre théorique « normal » pour penser cette réalité neuve: peut-être avons-nous besoin pour cela, ainsi que le disait le jeune Hegel, de « concepts inconcevables »? En tout cas, ce dont le travail de Duso et de ses collaborateurs peut nous convaincre, c'est qu'il nous faudra, pour percer le « secret » de cette nouveauté, d'autres instruments que ceux que la modernité s'était donnés pour formuler sa conscience de soi: le pouvoir, le contrat, l'Etat et la société, la représentation... Par là s'explique l'intérêt que manifeste Duso pour tous les penseurs qui, quelles que soient leurs intentions réelles ou supposées, ont cherché à problématiser le cadre conceptuel de la modernité, c'est-à-dire remis en question les évidences et les présupposés normatifs sur lesquels est fondée la « philosophie politique » (moderne): c'est le cas, au premier chef, de Carl Schmitt, d'Otto Brunner ou de Koselleck, mais aussi de Voegelin ou de Strauss, voire d'Hannah Arendt (7).

Oltre la democrazia s'attaque, si l'on peut dire, à un des concepts majeurs (il vaudrait mieux dire, avec Hegel: une *représentation*) de la modernité, la démocratie. Dans une riche Introduction, Duso justifie le choix d'entreprendre à nouveaux frais une « analyse conceptuelle » de cette représentation qui a acquis pour nous une valeur normative et une force d'évidence (il est le « destin » de la pensée moderne du politique, p. 9) telles qu'il nous est difficile de le problématiser. Il est pourtant nécessaire de le faire si l'on veut réfléchir aux apories (un terme que Duso affectionne) de cette pensée que ce « concept-limite » résume mieux sans doute, ou plus distinctement, que ceux de liberté, d'égalité, de peuple ou de représentation. Pour cela, la confrontation non entre la « démocratie des Anciens » et la « démocratie des Modernes » (cette contraposition commune relevant de la « fable »), mais entre le concept non moderne de la démocratie comme mode de gouvernement de la cité par cette partie de la cité qu'on nomme le *demos* et le concept tout moderne de la démocratie comme forme politique paradigmatique (ainsi que le montre le Hobbes du *De Cive*) de construction du

(6) Cfr. G. DUSO, *Fine del governo e nascita del potere* et Id., *Sulla genesi del concetto moderno di società: la consociatio in Althusius e la socialitas in Pufendorf*, in *La logica del potere*, cit.

(7) Voir G. DUSO (a cura di), *Filosofia politica e pratica del pensiero*, Milano, F. Angeli, 1988.

« pouvoir du peuple », est très instructive: elle nous apprend en effet qu' il n'y a *rien de commun*, si ce n'est le nom, entre ces deux acceptions de la démocratie qui relèvent d'économies conceptuelles radicalement différentes. A cet égard, la confrontation entre des penseurs souvent présentés comme des « précurseurs » de la philosophie politique, donc de la démocratie moderne (Marsile de Padoue, Althusius) et le fondateur de la philosophie politique moderne (Hobbes) est éclairante: même lorsqu'ils usent des mêmes mots, ils ne parlent pas de la même chose, tout simplement parce que la manière moderne de penser la question du politique, emblématiquement illustrée par la doctrine du contrat social, est irréductible à la représentation non moderne d'un « ordre des choses » dont participe le *bon governo* illustré par Lorenzetti. Pour autant, il ne s'agit pas de considérer simplement ces auteurs comme des vestiges d'un mode définitivement révolu de penser la politique: car le déplacement du regard et surtout des concepts qu'ils exigent permet d'éclairer de manière critique, en miroir en quelque sorte, les apories de la philosophie politique moderne, occultées par la rigueur géométrique de sa construction, et de reconstruire, par delà la variété des réponses qu'elle a fournies (Hobbes et Rousseau, Hegel et Marx...), l'unité fondamentale de la problématique qu'elle met en œuvre, celle du pouvoir.

Le livre comporte trois articles sur la pensée « non moderne ». Celui de Gennaro Carillo sur le fameux « débat constitutionnel » mis en scène par Hérodote montre qu' on ne peut précisément pas le lire, comme on l'a fait souvent, comme un plaidoyer en faveur de « la » démocratie. Celui de Claudio Pacchiani sur « démocratie et constitution » chez Aristote montre tout ce qui distingue l'auteur des *Politiques*, dont la réflexion sur le gouvernement et ses formes est toujours ordonnée à la thématique du *nomos*, de l'image rétrospective que, de manière sans doute non délibérée, la pensée moderne en a construit, notamment parce que le statut de la « science des choses humaines » qu' est la politique (en tant que couronnement de l'éthique) n'a rien à voir avec celui de la « science politique » moderne. L'article de M. Merlo, auteur récent d'une excellente monographie sur Marsile de Padoue ⁽⁸⁾, montre tout ce qui sépare ce soit-disant précurseur de la souveraineté du peuple de la problématique (moderne, encore une fois), de la souveraineté; l'analyse de la distinction de la *pars valencior* et de la *pars principans* le montre en toute clarté.

Quatre contributions traitent de la philosophie politique moderne. G. Duso analyse, en un article dense et ample par son propos, « la genèse et les apories de la démocratie moderne ». C'est pour lui l'occasion de faire un bilan clair et synthétique de la mise en perspective

⁽⁸⁾ M. MERLO, *Marsilio da Padova. Il pensiero della politica come grammatica del mutamento*, Milano, F. Angeli, 2003.

critique qu' il opère, depuis longtemps déjà, des concepts fondamentaux de cette philosophie politique moderne dont il travaille à rendre problématique les évidences constituantes: la mise en lumière des apories de la « souveraineté du peuple » à travers Hobbes, Rousseau et Sieyès n'a pas pour seul but d'historiciser notre réception de ces pensées, mais surtout de nous inviter à penser « au-delà de la démocratie » mais « à partir d'elle » (p. 138). La contribution de Stefano Visentin (qui avait publié naguère un livre excellent sur ce sujet ⁽⁹⁾), très informée des études spinozistes récentes, montre notamment ce qui distingue la pensée radicale du « mouvement » démocratique de la construction hobbesienne et explique en quoi la démocratie peut être qualifiée d'Etat « tout à fait absolu » (TP XI-1). Gaetano Rametta, dont on connaît les travaux d'une grande finesse sur Fichte, Hegel et l'idéalisme allemand en général ⁽¹⁰⁾, traite avec beaucoup de science et de justesse du thème de la démocratie chez Kant ⁽¹¹⁾, Fichte et Hegel; il montre de manière concluante (voir p. 207) que si la critique de la démocratie porte chez ces auteurs sur un concept « pré-moderne » de la démocratie, elle n'est pas sans incidence quant à la moderne démocratie « représentative », dont le concept se met précisément en place au moment des révolutions américaine et française. Sandro Chignola, auteur de multiples travaux sur la pensée du 19e et du 20e siècles ⁽¹²⁾, et qui vient de publier une véritable somme sur la formation du concept de « société » au 19e siècle ⁽¹³⁾, restitue la complexité de la « critique » de la démocratie chez Tocqueville, en insistant à juste titre sur la transformation du concept qui l'accompagne: la démocratie cesse, chez lui, d'être une forme de gouvernement pour devenir un « état social » (voir p. 212-214).

Enfin, un seul article traite *ex professo* du débat sur la démocratie au 20e siècle: celui d'Antonino Scalone sur Carl Schmitt et Kelsen. Il montre, notamment en analysant la controverse de ces deux auteurs sur le « gardien de la constitution », que la question comporte un enjeu non seulement politique, mais proprement théorique. Si l'interprétation —

⁽⁹⁾ S. VISENTIN, *La libertà necessaria. Teoria et pratica della democrazia in Spinoza*, Pisa, ETS, 2001.

⁽¹⁰⁾ G. RAMETTA, *Eternità e 'Darstellung' speculativa nel pensiero di Hegel*, Milano, F. Angeli, 1989; ID., *Le strutture speculative della dottrina della scienza*, Pantograf, 1995; G. RAMETTA et G. DUSO (a cura di), *La libertà nella filosofia classica tedesca*, Milano, F. Angeli, 2000; G. RAMETTA (a cura di), *Filosofia e guerra nell'età dell'idealismo tedesco*, Milano, F. Angeli, 2003.

⁽¹¹⁾ Sur Kant, voir également, dans une même ligne d'analyse, G. DUSO, *Idea di libertà e costituzione repubblicana nel pensiero di Kant*, Padova, CLEUP, 2004.

⁽¹²⁾ S. CHIGNOLA, *Società e costituzione. Teologia e politica nel sistema di Bonald*, Milano, F. Angeli, 1993; ID., *Pratica del limite. Saggio sulla filosofia politica di Eric Voegelin*, Padova, Unipress, 1998.

⁽¹³⁾ S. CHIGNOLA, *Fragile cristallo. Per la storia del concetto di società*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004.

intéressée — de la démocratie comme régime de l'homogénéité du peuple politique est « radicalement contradictoire » (p. 268), la conception « sceptique » de Kelsen manifeste, en ses limites même, la difficulté qu'il y a à penser « au-delà de l'Etat » et de la rationalité (moderne) dont il était porteur, alors même qu'on en reconnaît l'urgente nécessité.

Le bref compte-rendu qu'on vient d'en faire montre la richesse et l'originalité de la manière, indissociablement historique et théorique, dont Duso et ses compères tentent de (re)penser la démocratie en se situant « au-delà » de la démocratie (ce qui, évidemment, ne signifie pas contre elle!). Il est un peu vain et stérile de s'interroger sur la raison de l'absence de certains auteurs (pourquoi Aristote plutôt que Platon? etc.). Il en est cependant une qui paraît significative: celle de *Marx*. Que faire d'un auteur qui, parti d'une critique de Hegel fondée sur des prémisses radicalement démocratiques, a contribué plus qu'aucun autre à nourrir une critique radicale de la démocratie (« bourgeoise ») qu'il n'aurait peut-être pas entièrement partagée lui-même? S'il est un penseur qui s'est efforcé de penser « au-delà de la démocratie », avec tous les risques que cela comporte, c'est pourtant bien lui! Il me semble qu'il est grand temps aujourd'hui de rompre le silence qu'a progressivement fait sur cet auteur une génération de philosophes pour laquelle il avait pourtant beaucoup compté, et de le relire avec la même rigueur critique que celle qui anime le présent ouvrage et s'exerce si judicieusement sur d'autres « classiques ».

JEAN-FRANÇOIS KERVÉGAN

FEDERICO LUCARINI, *Scienze comunali e pratiche di governo in Italia (1890-1915)*, Milano, Giuffrè, 2003.

'Nel tramonto delle autonomie'. Questo avrebbe potuto essere un altro possibile titolo — forse più accattivante, anche se certo meno scientificamente appropriato — per questo studio di Federico Lucarini sulla 'comunalistica' italiana fra l'età crispina e la prima guerra mondiale. In effetti, il problema rievocato dal libro qui recensito è proprio quello di un'Italia liberale che, al tornante della fine del secolo, vede crollare uno dei più tenaci miti che avevano alimentato l'epopea risorgimentale: quello cioè di una nazione destinata a governarsi in modo semplice e spontaneo mediante la restituzione ai Comuni di una loro sfera di libera auto-amministrazione. Sopravvissuto alla pur cocente disillusione delle leggi unificatrici del 1865, che avevano subito dirottato l'esperienza italiana lungo i binari del vituperato centralismo francese, quel mito aveva continuato comunque a permeare di sé la cultura di un'*élite* la cui identità si definiva in gran parte in base all'appartenenza alle piccole patrie municipali, concepite ancora come

delle specie di società condominiali, alla cui ombra discreta e familiare si potevano coltivare al meglio quel tipo di relazioni e di valori notabili che il nuovo Stato aveva fatto così totalmente e incondizionatamente propri.

Con l'inizio degli anni Novanta, invece, il panorama cambia radicalmente. Sotto le spinte della seconda industrializzazione l'amministrazione locale si lascia alle spalle la tranquilla, quasi domestica dimensione dell'autogoverno notabile così cara all'ideario liberale classico e si trasforma nel teatro di una modernizzazione dai tratti drammatici. I grandi problemi indotti dall'urbanizzazione, dall'affacciarsi sulla scena dei partiti e dall'allargamento del suffragio — in una parola, dall'avvento di una incipiente società di massa — fanno del Comune la frontiera avanzata di uno Stato che si trova ormai lanciato alla faticosa ricerca di una nuova identità democratica. Tutta la configurazione dei rapporti tra centro e periferia ereditata dalla tradizione precedente e centrata sull'idea di una naturale integrazione delle libertà locali entro la cornice statale si rivela in breve inservibile. Il problema non è più quello di difendere spazi più o meno ampi di autonomia sociale dall'incombente intrusione dello Stato, ma di attrezzare gli enti locali a fronteggiare una richiesta di servizi ed insieme di partecipazione politica fino ad allora impensabile e impensata, che scardina completamente la vecchia immagine del municipio come corporazione semiprivata per farne un luogo ad alto tasso di politicità — un vero livello di governo, con tutte le responsabilità ed i problemi correlativi.

È appunto sullo sfondo di questo scenario che studiosi provenienti da una quantità di campi disciplinari diversi iniziano a orientare in modo sempre più specifico la loro attenzione sul problema della natura e delle funzioni delle amministrazioni periferiche, spinti da una stessa insoddisfazione per l'icona tralattizia che vede in esse dei semplici ambiti di libertà circoscritti dalla legge statale. Nelle sue quasi 450, dense pagine il nostro volume ricostruisce appunto lo svolgersi di questa avventura culturale, in cui le vicende di giuristi accademici, economisti, burocrati, amministratori locali e professionisti della più varia estrazione si intrecciano attorno a questo oggetto dal profilo sfuggente, ma insieme estremamente intrigante costituito appunto dalle nuove 'scienze comunali'.

Non è qui possibile restituire neppure per sommi capi la complessità di tutte queste storie intellettuali, di cui Lucarini dipana la matassa con grande pazienza ed attenzione. Del panorama ora evocato ci limitiamo così a segnalare solo due aspetti — quelli che forse, di tutta la ricerca, colpiscono in misura maggiore il lettore di formazione giuridica.

Il primo è costituito da un profilo della giuspubblicistica italiana assai meno convenzionale di quello a cui in genere siamo abituati. Accanto alla solita 'scuola orlandiana', che con i suoi immancabili

Ranelletti, Romano e Cammeo reagisce all'incombere della dissoluzione municipale proponendo l'immagine di uno Stato-persona esasperatamente verticalizzato ed assorbente, vi sono invece altri giuristi impegnati a battere strade assai diverse. In effetti, personaggi come Borsi, Bertolini, Vacchelli, Presutti vengono qui presentati in una luce molto lontana dal formalismo di marca orlandiana nell'ambito del quale pure ancor oggi spesso si tende ad ascriverli più o meno indistintamente. Costoro sembrano lavorare piuttosto attorno all'ipotesi di una sorta di sistema istituzionale policentrico, che pur attingendo largamente alle stesse suggestioni della scienza giuridica tedesca di cui si nutre un po' tutta la dottrina di questi anni, le declinano in termini che sono, insieme, contenutisticamente pluralistici e metodologicamente interdisciplinari. Quella che esce insomma dal libro è un'immagine della cultura amministrativa indubbiamente più variegata e molto più aperta al dialogo con altri saperi di quanto comunemente si è ritenuto; quasi che l'oggetto 'municipio' abbia imposto un'attitudine al confronto e all'analisi concreta dei fenomeni che invece altri grandi temi giuspolitici tendono a scoraggiare.

Il secondo dato è che questa disponibilità a confrontarsi non riguarda soltanto il rapporto tra discipline diverse, ma ancor prima quello tra differenti tradizioni giuridico-statali. Tutta la 'comunalistica' studiata da Lucarini rivela un forte *penchant* per l'analisi comparata; *penchant* che si spiega ancora una volta alla luce di una *vague* comparatistica generale assai diffusa nell'Europa di quegli anni — si pensi solo agli arcinoti contributi di Gneist sul *Selfgovernment* inglese — ma che comunque pare connotare in modo peculiare l'ambito di studi relativo al governo locale. L'organizzazione comunale, e più in generale la concezione stessa della territorialità, sono temi che sembrano imporre immediatamente la necessità di un raffronto con esperienze estranee al catalogo di quanto è osservabile in casa propria; e ciò non solo per misurare il diverso grado di rendimento di certe soluzioni istituzionali, ma ben prima per mettere a fuoco le stesse categorie in base alle quali la realtà si costruisce, si articola e si pensa. Naturalmente, si tratta di un comparativismo basato su immagini in gran parte stereotipe e fortemente ideologiche, alla fine forse più capace di lasciarsi dietro ingombranti miti culturali che effettivi modelli di comprensione. Resta il fatto che, rispetto al complessivo panorama novecentesco della cultura giuspolitica italiana, questa stagione e questo tema sembrano aver sollecitato un grado di attenzione verso le dimensioni istituzionali straniere che avrà pochi riscontri nel prosieguo. Ancora oggi, chi voglia tornare sul problema della concezione e dell'articolazione giuridica degli spazi politico-territoriali in una prospettiva non meramente tecnico-funzionale, gira e rigira si trova sempre a ripartire da quegli stessi autori che tanto avevano entusiasmato i nostri vecchi 'scienziati comunali' — i Maitland, gli Gneist, i Dupont-White, i Goodnow... — e di cui essi

avevano saputo offrire — come il libro di Lucarini testimonia *ad abundantiam* — una lettura tutt'altro che superficiale.

LUCA MANNORI

PAOLO NAPOLI, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris, La Découverte, 2003, pp. 310.

Polizia-amministrazione: è su questa dorsale, problematica e contraddittoria, rivelatrice delle profonde trasformazioni che il modello continentale vive tra antico regime e rivoluzione che Paolo Napoli indaga la nascita della polizia moderna, tessendo un racconto che abbraccia, sin dal titolo, potere, norme, società.

Programmaticamente il volume si presenta come saggio di storia concettuale, ma ben proiettato a cogliere, al di là del mutare di lessici e linguaggi, il profondo trasformarsi della realtà che, tra antico e moderno, quasi in successione, i due lemmi descrivono. Si può dire anzi che l'interesse dell'autore sia tutto proteso a restituire al lettore, al di sotto dell'inventario delle polisemie e delle metamorfosi semantiche, il mutare della stessa razionalità normativa e delle tecniche di governo, mettendo alla prova sul campo la feconda intuizione di Michel Foucault, che l'universo antico della *police* sia innanzitutto il fondamentale momento d'incubazione di un nuovo modo di manifestarsi del pubblico potere: la *gouvernementalité*.

I risvolti di storia sociale, di storia istituzionale o di più stretta storia giuridica, che pur non mancano di far sentire la loro voce tramite un attento spoglio delle fonti letterarie e normative dell'epoca, rimangono così sullo sfondo, a tutto favore di una « analisi concettuale di un modo di creazione dell'ordine », specchio fedele delle tensioni profonde che il 'pubblico' vive nel tornante di fine Settecento.

Napoli riesce in questo modo a condensare le sue notevoli competenze di studioso della letteratura giuridico-politica di antico regime in un affresco di lunga durata che ingloba la frattura rivoluzionaria ed i suoi esiti napoleonici e che non rifugge neppure dal confronto con il parallelo universo tedesco della *Policey*, essenziale parametro di confronto, proprio per la sostanziale differenza dei tempi e delle direttrici di trasformazione, per poter interamente decrittare le peculiarità dell'itinerario francese.

Il quadro che viene presentato al lettore è già abbastanza noto, anche grazie agli studi a più riprese dedicati al tema dal nostro A. Si confermano intanto le coordinate cronologiche del discorso francese della *police*: l'imprescindibile punto di partenza concettuale, ben segnato, all'inizio del Seicento, da un celebre paragrafo del capitolo IX del *Traité des Seigneuries* di Charles Loyseau; un punto sostanziale di

approdo, fissato, un secolo più tardi, nel *Traité de la police* di Nicolas Delamare.

In questo arco di tempo la *police* vive il difficile passaggio, mai interamente compiuto, dalla città allo Stato; diventa il principale canale di conoscenza del territorio — « une chose seule te manque ô grand Etat: la connaissance de toi-même », proclama ancora nel 1615 Antoine de Montchrétien (cit., p. 40) — accompagnando la progressiva trasformazione dell'immagine del principe da semplice *Roi justicier*, secondo il tradizionale archetipo medievale, a *Roi pasteur*, a *Roi berger*. In questo arco di tempo la *police* diventa effettiva 'tecnica di governo', canale privilegiato di conoscenza di quelle dimensioni ancora sostanzialmente sconosciute, che sono il territorio e la popolazione, ed insieme momento di 'classamento delle condotte' e delle molteplici articolazioni della società corporata. Nessuna bruciante modernizzazione, beninteso: l'obiettivo non è tanto quello d'imporre sul territorio e la popolazione un progetto di governo, le cui basi devono essere ancora gettate, quanto la dimostrazione di una capacità nuova, nella secolare lontananza ed estraneità tra centro e periferia, « di stabilire un legame con i sudditi » (p. 37). Con questo, il protagonismo della monarchia nell'incrementare tassi regolativi e di disciplinamento sino a questo momento quasi minimali, diventa sempre più visibile; imponenti le iniziative che si avviano o si cercano di avviare, dalla cartografia ai catasti, alla riorganizzazione degli stessi apparati istituzionali, a partire dal celebre Luogotenente di polizia di Parigi nel 1667 — secondo un modello che con alterne fortune si cercherà di estendere anche alle altre città del regno — e sino alla creazione nel 1716 di un inedito *Corps des Ponts et Chaussées*.

I modelli monopolistici e rigidamente unitari, che vedranno la luce con la rivoluzione, sono ancora molto distanti: la rete regolativa che si inizia a gettare sulla società corporata ha sempre maglie larghissime, nelle quali 'naturalmente' s'innestano la complessa geografia istituzionale antica e le tradizionali autonomie di corpi, compagnie di ufficiali, comunità cittadine e feudali.

La tecnica di governo che si realizza tramite la *police* è deconcentrata, eminentemente pluralistica; dal punto di vista funzionale, è ancora ben calata nel mondo della *iusdictio*: eppure già acquisisce alcuni tratti di specialità, distinti e peculiari rispetto ad altri modi, più astratti, di esercizio della sovranità, connessi invece qui al quotidiano, alle cose, alle mutevoli circostanze di persone, tempi, luoghi. Siamo di fronte ad una razionalità normativa — è un punto di novità che l'A. sottolinea più volte — eminentemente fattuale, lontana dall'astrattezza dell'atto normativo generale, lontana pure dalla immutabilità che può cristallizzarsi nel giudicato: intrisa di una fattualità che si adatta al variare delle circostanze e che diventa norma per l'agire. Una specialità, dunque, ancora lontana dall'essere incasellata e corazzata dall'applica-

zione rigida di un principio di divisione dei poteri di là da venire, eppure già puntualmente avvertita da Loyseau a Montesquieu: « les choses de police sont choses de chaque instant », si legge nel capitolo XXIV del ventiseiesimo libro dell'*Esprit des lois*.

Il cammino verso la rivoluzione già a metà Settecento segnala però in Francia una forte discontinuità: « les pavées des villes ne produisent pas des grains », afferma lapidario Turgot spogliando il 'luogo di mercato' dal suo essere il principale oggetto di *police*. Il mercato, scrive l'A. in pagine tra le più dense del volume (pp. 80-81), « da posta tradizionale del potere di polizia si trasforma in una categoria dell'economia politica »; « passa dall'ordine della pratica a quello del sapere »; « da oggetto di controllo si trasforma in strumento di intelligibilità ». La *police de la disette*, da perno dell'intero sistema, diventa uno dei maggiori punti di crisi dell'ordine antico: « il principio di mercato » prevale sul « luogo di mercato », secondo una fortunata espressione di Steven Kaplan valorizzata dall'A. (cit., p. 82). Libera circolazione dei grani e libera determinazione dei prezzi fanno del mercato una « situazione nella quale può delinarsi un nuovo ordine di valori ». Si emancipa una nuova etica pubblica che fa — com'è ben noto — dell'interesse, con tutte le conseguenze di delegittimazione dell'ordine antico, il nuovo fulcro dello stesso rapporto di cittadinanza: già si tende a delimitare la *police* al semplice campo della sicurezza. La *disgrâce* di Turgot, per quanto improvvisa, per quanto destinata ad aprire la porta al moderato interventismo di un Necker, aperto a mediazioni con l'ordine antico assai più compromissorie di quelle fisiocratiche, non è in grado di riabilitare il vecchio mondo della *police*.

Il campo semantico occupato dalla *police* non scompare però all'improvviso, assorbito nel vortice di una opposizione, « illusoria » (p. 107), tra potere e libertà. Alla 'disgrazia' del vecchio lemma, si accompagna in parallelo la fortuna di un nuovo termine-concetto, destinato presto a luminosa fortuna: quello di *administration*.

Napoli è molto scrupoloso nel seguire i diversi rivoli di un'epifania che diventerà davvero visibile soltanto con la rivoluzione. Lo scorcio finale dell'antico regime non ci offre che modeste anticipazioni, emersioni ambigue e parziali, da quelle della filosofia politica (a partire dalla voce *Économie politique* che Rousseau redige nel 1755 per l'*Encyclopédie* e cui fanno seguito alcuni celebri passi del *Contrat social* (lib. III, cap. I), oggetto della fine analisi di Foucault che ricordavamo all'inizio; a quelle di una nascente *arithmétique gouvernementale* ben espressa proprio da Necker sia nel *Compte rendu* sia nel *Mémoire*; alle diverse voci infine che Pecheut dedica nell'*Encyclopédie méthodique* ai nostri lemmi, nell'arco decisivo di oltre un decennio tra il 1780 ed il 1791, ed oggetto nel volume di una ricostruzione particolarmente accurata (pp. 174 ss.).

Fedele alla impostazione scelta di rigorosa analisi concettuale, l'A.

sottolinea il mutamento di razionalità giuridica che questa alternanza di lemmi e di significati comporta: mette in luce, in particolare, il passaggio dal modello 'quotidiano', casistico, fattuale, tipico della *police*, al carattere geometrico sistematico proprio di un'amministrazione servente della legge e della volontà generale. I risvolti 'costituzionali' ed ancor più quelli attinenti alla nuova tipologia statale che la rivoluzione introduce sul pilastro di un ordine individuale del diritto sconosciuto all'antico Stato fiscale, rimangono invece sullo sfondo così come tutti i testi normativi o della letteratura politica riconducibili alla progressiva implementazione del principio di divisione dei poteri, dall'affermazione di principio dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti alla concreta architettura istituzionale del nuovo edificio creato dalla assemblea nazionale. Soltanto il solidissimo principio di unità che discende dalla nuova metafora della Nazione sovrana è messo in campo a spiegare l'eclissi della *police* e l'ascesa dell'*administration*, forte ora della « fredda razionalità propria di una griglia di intelligibilità che s'impadronisce — questa volta sì in modo rigidamente monopolistico — di tutto lo spazio » (p. 182).

Da questo momento, le strade dei due lemmi si dividono, incamminata la *police* verso la restrizione del suo ventaglio semantico ai contenuti penalistici della *police correctionnelle* e della *police de sûreté*; incamminata invece l'amministrazione, ormai divenuta senza incertezze amministrazione generale dello Stato, a monopolizzare secondo nuove tecniche e grazie a nuovi apparati istituzionali una *gouvernementalité* sempre più istitutiva del sociale.

Solo la *police municipale* da un lato, la persistenza dei temi della libertà dal diritto nella 'misura di polizia' prima, nella discrezionalità amministrativa dopo, continuano a ricordare, in Francia, all'inizio dell'Ottocento, il vecchio lessico dell'ordine antico: quello stesso, che precocemente trasfigurato in chiave sistematica dalla scienza tedesca della polizia, sopravviverà invece ancora per un buon tratto nei territori germanici.

BERNARDO SORDI

CONSTANZE PAFFRATH, *Macht und Eigentum. Die Enteignungen 1945-1949 im Prozeß der deutschen Wiedervereinigung*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau Verlag, 2004; HANNS C. LÖHR, *Der Kampf um das Volkseigentum. Eine Studie zur Privatisierung der Landwirtschaft in den neuen Bundesländern durch die Treubandanstalt (1990-1994)*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002.

1. La divisione della Germania si rivela, a quindici anni dalla sua fine, una vicenda dall'impegnativo tratteggio per lo storico, ove questi

intenda davvero analizzare il vivo dei processi sviluppatasi nei quarantacinque anni intercorrenti tra la caduta del Terzo Reich e la Riunificazione, andando oltre la contrapposizione tra ideologie che i due Stati tedeschi hanno quotidianamente rappresentato, simbolo ineguagliabile della guerra fredda. Un'esigenza, quella di depurare il percorso analitico dai residui del contrasto che ha così fortemente caratterizzato la nostra contemporaneità, che si dimostra urgente per trarre da quella vicenda tutte le opportunità di ricerca che essa offre, ma che tuttavia stenta ad affermarsi nella recente storiografia. Il confine intertedesco è definitivamente sparito dalle carte geografiche d'Europa e diviene giorno per giorno più incerto anche nella memoria di chi lo ha vissuto, a causa del rapidissimo ridefinirsi di contesti e prassi sociali, eppure si moltiplicano gli ostacoli per la creazione di una storia condivisa. Troppo lungo il tempo della divisione per essere passato indenne; troppo breve per non aver lasciato vivere, insieme a tanti suoi protagonisti, attriti e tensioni. I problemi generati dalla Riunificazione sembrano tutti ricondursi ad un'unica matrice, l'essere la separazione tra le due Germanie una realtà ormai lontana dalla vicenda quotidiana del popolo tedesco e tuttavia così vicina nel vivo delle sofferenze che essa ha provocato e che non sono terminate con la sua fine.

I due volumi qui presentati costituiscono — proprio nelle notevoli differenze metodologiche che intercorrono tra loro — un buon esempio della difficoltà di razionalizzare in termini analitici una storia che condiziona così tanto il presente di una nazione che si è trovata nella necessità di ricostruire la propria unità politica rimettendo in discussione tutte le istituzioni fondative delle esperienze precedenti. Fra queste spicca ovviamente il tema della proprietà, vissuta tanto nella sua dimensione ideologica — simbolo perfetto dell'opposizione fra i due sistemi politici — quanto nella sua struttura di diritto, di relazione giuridica di carattere privato. La contrapposizione fra sistemi è finita con il 1989, spostando il discorso sulla proprietà come ideologia tra i ricordi di un'epoca ormai trascorsa e per più aspetti irripetibile, ma la forte cesura non poteva riportarsi immediatamente sul piano della relazione giuridica, del vissuto quotidiano della proprietà, terreno sul quale gli echi del passato non possono considerarsi spenti.

2. Il primo libro è quello che più dimostra come l'inevitabile commistione tra queste due dimensioni della proprietà condizioni molto l'analisi della vicenda — giuridica ma, soprattutto, politica — della Riunificazione tedesca. *Macht und Eigentum* è difatti un'opera con una forte connotazione ideologica, che sacrifica costantemente il necessario dettaglio analitico al tentativo di dimostrazione di quel teorema che, solo, riesca a conciliare le rigide categorie dell'Autrice con la naturale complicazione di questa vicenda storica.

La domanda fondamentale che muove l'indagine è semplice: stabilire perché la sparizione dello Stato socialista non sia coincisa con la

restituzione ai proprietari originari o ai loro eredi dei beni espropriati nel periodo tra il 1945 e il 1949. Tra la fine del Terzo Reich e la conseguente occupazione del settore orientale del territorio tedesco da parte dell'Unione Sovietica con la successiva nascita della Repubblica Democratica, larga parte delle proprietà private fu difatti confiscata in esecuzione di provvedimenti della stessa autorità occupante diretti a sanzionare i membri del partito nazionalsocialista (1). A questi atti si affiancarono i provvedimenti della cosiddetta « demokratische Bodenreform », la radicale riforma agraria voluta dall'autorità occupante e dalla *Kommunistische Partei Deutschlands* (2) al duplice scopo di creare le basi della collettivizzazione dei mezzi di produzione e distruggere, con il latifondo, il retroterra economico e culturale che aveva consentito al nazismo di sorgere e prosperare.

Questa seconda finalità accomunava tutte le potenze occupanti, anche quelle occidentali, che ritenevano, al pari dell'Unione Sovietica, come la concentrazione della ricchezza fosse stata tra i principali fondamenti del militarismo e del nazionalismo tedesco, le forze che avevano provocato lo scoppio di due guerre mondiali. Nella parte orientale, tuttavia, la riforma agraria fu soprattutto il perno costitutivo

(1) A questa specie di atti appartengono lo SMAD (*Sowjetische Militär-Administration Deutschlands*) Befehl nr. 124 del 30 ottobre 1945 (*Beschlagnahme und provisorische Übernahme einiger Eigentums-kategorien in Deutschland*) e il *Gesetz über die Sichererstellung und Enteignung der Nazivermögen* del 9 ottobre dello stesso anno. Gli ordini della amministrazione militare sovietica (che potevano essere scritti quanto orali) costituiscono la fonte normativa più importante del periodo 1945-49. Cfr. *Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften (1944-1989) Bd. I. Sowjetische Besatzungszone in Deutschland - Deutsche Demokratische Republik (1945-1960)*, hrsg. H. Mohnhaupt e H. A. Schönfeldt, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1997, p. 68 n. 202.

(2) Il Partito Comunista Tedesco fu la forza politica di riferimento per la potenza occupante sovietica nel periodo tra il 1945 e il 1949. In quell'anno esso si fuse, nella zona occupata, con la SPD, costituendo la *Sozialistische Einheitspartei Deutschlands* (SED). Le due mani che si stringono sullo sfondo di due bandiere rosse costituiranno il simbolo del partito sino al 1990, in ricordo di quell'unione fra le forze socialiste che l'Unione Sovietica impose in tutti i paesi occupati. La SED non fu mai formalmente il partito unico della DDR. Le elezioni per la *Volkskammer* vedevano eletto praticamente all'unanimità un fronte costituito anche dagli altri cd. *Blockparteien*, tra cui figurava la CDU, cui veniva riservata una quota di seggi. Sul carattere sostanzialmente 'apolitico' di queste elezioni cfr. E. COLLOTTI, *Dalle due Germanie alla Germania unita*, Torino, Einaudi, 1992, p. 167. La Costituzione del 1968, a differenza di quella del 1949, poneva, pur senza nominarla espressamente, la SED tra le strutture fondanti dello Stato socialista: « Art. 1. Die Deutsche Demokratische Republik ist ein sozialistischer Staat der Arbeiter und Bauern. Sie ist die politische Organisation der Werktätigen in Stadt und Land unter Führung der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch-leninistischen Partei ». Nella Germania ovest il KPD fu messo fuori legge da una celeberrima pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 17 agosto 1956 (cd. *KP-Verbot*), cui C. PAFFRATH si richiama in più punti del volume per mostrare come fosse la Costituzione stessa a imporre al governo federale di perseguire la riconquista dell'unità nazionale attraverso la radicale riforma di tutte le istituzioni modificate in senso socialista.

del regime di economia pianificata, vicenda che peraltro non seguì le medesime linee in tutti i paesi del blocco socialista e che fu anzi caratterizzata, nella DDR, da tratti particolarissimi, in specie sotto il profilo giuridico. Imperando lo slogan *Junkerland in Bauerhand* vennero espropriate tutte le estensioni di terra superiori ai cento ettari ⁽³⁾. Queste furono dapprima attribuite ai contadini in una situazione di proprietà diretta, per quanto di limitato contenuto normativo ⁽⁴⁾ e solo in una seconda fase (dal 1950 circa) ricaddero nella proprietà dello Stato, essendo gli appezzamenti risultanti dalla *Bodenreform* troppo piccoli per generare redditi sufficienti. Da quel momento in poi la titolarità della massima parte dei beni terrieri ricadde, come la generalità dei mezzi di produzione, nell'ampia categoria del *Volkseigentum*, per essere attribuite nell'uso alle *Landwirtschaftliche Produktions Genossenschaften* (LPG), le cooperative di produzione agricola che, da allora in poi, segneranno molta parte dell'economia della DDR.

Le antiche ragioni proprietarie non saranno restaurate dopo la caduta del Muro di Berlino: con una dichiarazione congiunta sulla « composizione delle questioni aperte di ordine patrimoniale », poi richiamata dal Trattato di Unificazione, i governi della BRD e della DDR esclusero espressamente la possibilità di restituire i beni espropriati nei territori orientali, rimandando al futuro parlamento della Germania riunificata la decisione circa eventuali misure di compensazione.

Questa soluzione fu fortemente propugnata, per come affermava la stessa dichiarazione congiunta, dall'Unione Sovietica ⁽⁵⁾. Tale circostanza fu riaffermata in più occasioni dal governo federale per difendere

⁽³⁾ Con una serie di *Verordnungen* dei singoli territori (*Mark Brandenburg, Mecklemburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen*) che costituiranno, dal 7 ottobre 1949, la DDR. Cfr. Mohnhaupt e Schönfeldt (hrsg.), *Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften (1944-1989)*, Bd. I, cit. p. 68 n. 205.

⁽⁴⁾ W. RADLOFF, *Rechtliche Probleme der Bodenreform*, in « Neue Justiz », 1947, pp. 85-88, ricostruì la situazione soggettiva spettante agli assegnatari dei beni della *Bodenreform* come una forma di proprietà non *privata* ma *personale* (per come si esprimeva la *Verordnung* del *Land Mecklemburg-Vorpommern* del 5 settembre 1945), la cui caratteristica principale era l'indisponibilità per atto tra vivi, che andava dall'inalienabilità del bene all'impossibilità di farne oggetto di affitto a terzi o di costituirvi ipoteca. L'unica trasmissione possibile senza l'intervento del potere pubblico era quella *mortis causa*. Un regime rigidissimo, che rendeva persino difficile dare disciplina al caso in cui l'assegnatario volesse restituire il bene ricevuto, nel caso in cui si rivelasse impossibile per lui di metterlo a frutto.

⁽⁵⁾ Più precisamente la *Gemeinsame Erklärung der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen* del 15 giugno 1990 riportava l'opinione dei governi dell'Unione Sovietica e della DDR, i quali « non vedevano alcuna possibilità di riesaminare le misure [gli espropri, ndr.] prese un tempo », cosa di cui il governo della BRD « prendeva atto, guardando allo sviluppo della vicenda storica ». L'articolo 41 dell'*Einigungsvertrag*, concluso fra i due Stati tedeschi il successivo 31 agosto, riprendeva la dichiarazione

le proprie scelte, in particolare dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, chiamato a pronunciarsi già nel 1991 sulla legittimità costituzionale di questa parte del Trattato di unificazione. Il Tribunale costituzionale, adito da una serie di proprietari espropriati o dai loro eredi, i quali eccepivano la contrarietà del *Restitutionsausschuss* nei confronti dell'art. 14 del *Grundgesetz* (6), dispose l'audizione di rappresentanti del governo federale particolarmente coinvolti nelle trattative, i quali confermarono con dovizia di particolari come l'Unione Sovietica non avrebbe mai acconsentito alla Riunificazione se non in cambio dell'impegno a tenere fermi gli effetti dei provvedimenti presi tra il 1945 e il 1949 (7).

Il *Bundesverfassungsgericht* rigettò i ricorsi, proclamando la legittimità dell'*Einigungsvertrag* (8). Tra gli argomenti a fondamento della pronuncia vi fu, non unico, quello del mandato costituzionale al perseguimento della riunificazione politica del territorio tedesco, contenuto nel preambolo del *Grundgesetz*, che il Tribunale ha costantemente inteso prevalente rispetto alla tutela costituzionale del diritto di proprietà privata.

Macht und Eigentum rilegge questa vicenda in modo da dimostrare come alla base della rinnovata unità tedesca sia in realtà un complotto ordito dal governo della Repubblica Federale, di cui il giudice costituzionale sarebbe stato complice sin dall'inizio, stringendo accordi con questi per affermarne sempre e comunque la costituzionalità delle scelte (9).

Una cospirazione che avrebbe sfruttato la fraudolenta simulazione di inesistenti pressioni dell'Unione Sovietica allo scopo di mantenere

congiunta come parte integrante e impegnava la Repubblica Federale a non emanare in futuro alcuna disposizione in contrasto con il suo contenuto.

(6) Ossia l'articolo che riconosce e garantisce il diritto di proprietà privata, rimettendo alla legge ordinaria il compito di definirne i contorni e che, al terzo comma, stabilisce come l'espropriazione sia possibile solo per ragioni di interesse generale, sotto lo stretto vincolo di legalità e solo dietro corresponsione di un indennizzo, sul cui ammontare è ammesso ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria.

(7) Il *Bundesverfassungsgericht* ascoltò in particolare Klaus Kinkel (all'epoca Segretario di Stato presso il Ministero di Giustizia, poi Ministro degli Esteri) e Dieter Kastrup (alto funzionario del Ministero degli Esteri e capo della delegazione federale per la negoziazione del *Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland*, meglio conosciuto come '*Zwei-plus-Vier-Vertrag*', il trattato stretto tra le quattro potenze occupanti del 1945 e i due Stati tedeschi). La Paffrath dedica a tale vicenda dovizia di particolari, cfr. capitolo 8.

(8) Inaugurando una giurisprudenza costante, confermata da una seconda pronuncia del 1996 e da una, recentissima, dell'ottobre del 2004.

(9) L'atto d'accusa si trova argomentato a p. 363. L'Autrice contesta al *Bundesverfassungsgericht* anche una condotta parziale, ovviamente a sfavore dei ricorrenti, del dibattito che portò alla prima sentenza sulla *Bodenreform*. Il Tribunale costituzionale si sarebbe al proposito accontentato di una descrizione assai superficiale della condotta del governo della Repubblica Federale. Sul punto v. p. 243.

nella proprietà dello Stato un patrimonio ingente di terreni e imprese da destinare al finanziamento dei costi economici e sociali della Riunificazione. L'unica preoccupazione dei sovietici sarebbe stata soltanto quella di tenersi indenni da pretese risarcitorie per i provvedimenti da essi adottati come occupanti sino al 1949, ma essi non avrebbero avuto alcun interesse per quelle questioni che potessero derivare da beni espropriati dopo quella data, quindi dalle autorità di uno Stato almeno formalmente autonomo quale era stato la DDR. A maggior ragione, l'Unione Sovietica non avrebbe avuto alcun motivo per condizionare la disciplina di quelle antiche situazioni proprietarie da parte della nuova Germania riunificata, premendo perché questa si impegnasse a che in futuro i propri organi, legislativi o giudiziari, non ponessero in atto misure volte a ridiscutere gli assetti creati con la nazionalizzazione dei mezzi di produzione.

Secondo la ricostruzione fatta dall'Autrice, sia il governo Modrow (quindi l'ultimo governo espressione della SED) sia il governo De Maizière (CDU, legittimato dalle uniche elezioni libere per la *Volkskammer* tenute il 18 marzo 1990) avrebbero avuto come primo interesse nelle trattative con la BRD il mantenimento alla mano pubblica dei beni fondiari e industriali: una pretesa che per il primo coincideva con la possibilità stessa (non messa formalmente in discussione nei primi mesi del 1990) di far sopravvivere la Repubblica Democratica come Stato autonomo, legato a quella Federale da stretti vincoli di collaborazione economica; per il secondo con l'unica possibilità di mantenere accettabili equilibri sociali anche dopo la Riunificazione. Fu Modrow, in particolare, a chiedere aiuto all'Unione Sovietica, la quale — ubbidendo ai riposti dettami di una consolidata liturgia — rispose, dopo le prime elezioni libere, con una dichiarazione dell'agenzia *Tass* del 27 marzo 1990, nella quale si ribadiva la ferma contrarietà a ogni ipotesi di rivisitazione degli assetti proprietari antecedenti il 1945, ma non per questo la volontà di mantenere fermo e indiscutibile tutto il regime proprietario presente nella DDR.

L'Autrice sostiene come con tale dichiarazione il governo sovietico cercasse solo di rendere nota la propria posizione sul problema, ma senza che da ciò potesse derivare un limite all'azione politica del governo federale, che avrebbe anzi avuto tutte le possibilità di arrivare a una vantaggiosa composizione della questione, ove si consideri soprattutto la pressione che la popolazione dello Stato orientale esercitava sul proprio governo perché si arrivasse all'unione monetaria, prodromo della Riunificazione politica ⁽¹⁰⁾. Priva del sostegno economico di Mosca, a sua volta ansiosa di riceverne da Bonn sotto forma di prestito ⁽¹¹⁾, la DDR era in una posizione quanto mai difficile e mai essa

⁽¹⁰⁾ Cfr. p. 146.

⁽¹¹⁾ Una circostanza su cui la Paffrath fonda buona parte della sua ricostruzione

si sarebbe potuta permettere di interrompere le trattative con la sua controparte occidentale ⁽¹²⁾. Risulta pertanto incomprensibile il motivo che possa aver indotto il governo federale a non adoperare tutti i mezzi in proprio potere per ottenere la restituzione dei beni espropriati nel periodo postbellico — principio costituzionalmente indisponibile a giudizio dell'Autrice — da parte dell'organo detentore dell'indirizzo politico.

L'art. 14 del *Grundgesetz* tutelerebbe difatti la proprietà privata come diritto fondamentale (*Grundrecht*), caratteristica indefettibile dell'ordinamento della Repubblica Federale. Nel momento in cui essa si dotò di una Costituzione rigida, scelse di seguire Locke e pertanto di salvaguardare la proprietà privata come dimensione della libertà umana, rifiutando il modello marxista che, negando tale diritto, concede allo Stato, come strumento politico della classe egemone, ogni potere sull'individuo ⁽¹³⁾. La tesi della Paffrath è che la tutela costituzionale della proprietà privata non possa consistere soltanto nel divieto

degli eventi, per evidenziare la colpevolezza dell'atteggiamento del governo federale nei confronti di quello sovietico, cui si sarebbero potute (e di conseguenza, nella sin troppo elementare logica dell'Autrice, dovute) imporre condizioni di ben maggior favore per la parte tedesca: « In dieser Lage legte Gorbatschow telefonisch gegenüber Bundeskanzler Kohl noch einmal alle Forderungen auf den Tisch, die da waren: Geldmittel. Diese sollten ihm einige Tage später — um die Wiedervereinigung Deutschlands nicht zu gefährden — vom deutschen Bundeskanzler gewährt werden » (p. 333). Un inciso che merita di essere riportato per illustrare il raffinato dettaglio analitico che contraddistingue la metodologia e lo stile espositivo dell'Autrice. L'atteggiamento dell'opinione pubblica tedesco-occidentale nei confronti dell'Unione Sovietica nei suoi due ultimi anni di vita è efficacemente descritto da CH. S. MAIR alla fine del suo *Dissolution. The crisis of communism and the end of East Germany*, Princeton 1997, (tr. it. *Il crollo. La crisi del comunismo e la fine della Germania Est*, Bologna, Il Mulino, 1999). In questa si veda soprattutto p. 455.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 89.

⁽¹³⁾ Il capitolo 2 costituisce forse la parte più debole del libro. In esso l'Autrice riduce il dibattito filosofico sul diritto di proprietà ad una dialettica sin troppo elementare tra John Locke e Karl Marx, disinteressandosi completamente (cosa che mi sembra grave in un lavoro di scienza della politica) degli sviluppi teorici cui sono andati incontro nel Novecento sia il liberalismo che il marxismo e vieppiù di tutto il dibattito, politico e giuridico, sulla funzione sociale della proprietà che si sviluppò nella Germania Ovest al pari di altri paesi occidentali negli anni Sessanta e Settanta. Soprattutto questo aspetto sfugge totalmente all'analisi della Paffrath, malgrado il rituale richiamo alla *Soziale Marktwirtschaft*, la dottrina propria dell'Unione democratico-cristiana da Konrad Adenauer in poi, spesso richiamata ma mai approfondita. È così che si giunge ad affermare, nel capitolo successivo, che la Costituzione della Repubblica Federale vede nel diritto di proprietà e nel diritto di libertà personale i due pilastri fondanti l'intero ordinamento, poiché solo l'unione di proprietà e libertà permette all'individuo di essere responsabile della propria vita. Volendo trarre il percorso di C. Paffrath alle sue logiche conseguenze, si dovrebbe vedere nell'essere proprietario non già un diritto, ma un dovere: il dovere dell'autosufficienza, cosa che sembra tuttavia lontana dal pensiero di John Locke almeno quanto dalle politiche concretamente applicate nella Repubblica Federale prima della Riunificazione.

rivolto al legislatore ordinario di elidere con propri provvedimenti il nucleo essenziale del diritto soggettivo, ma debba risolversi nella statuizione di un valore positivo cui l'intero ordinamento deve uniformarsi. Inteso nel primo significato, l'articolo 14 del *Grundgesetz* non potrebbe essere usato per affermare l'illiceità degli espropri condotti tra il 1945 e il 1949, quindi prima della sua entrata in vigore ⁽¹⁴⁾. Solo accettando il secondo si riesce a costruire l'obbligo per il governo della Germania riunificata di trasformare integralmente il sistema di proprietà socialista della DDR in un ordinamento libero orientato alla proprietà privata. Un vincolo costituzionale che avrebbe dovuto essere assolto in un solo modo, ossia attraverso la restituzione dei beni oggetto di collettivizzazione ai proprietari originari, salvo nei casi in cui ciò fosse stato praticamente impossibile, per i quali si sarebbe comunque dovuto dar corso a un totale indennizzo.

A questa lettura vuotamente ideologica del dettato della legge fondamentale, *Macht und Eigentum* affida la sua illuminata conclusione: se il governo della BRD fosse stato davvero posto (cosa che, a giudizio dell'Autrice, non fu) di fronte al dilemma di ottenere la Riunificazione solo a prezzo dell'impegno a non ridiscutere gli assetti proprietari risultanti

⁽¹⁴⁾ La Paffrath non si pone mai il problema della territorialità del *Grundgesetz*: la DDR è, seguendo un contestato e contestabile indirizzo, sempre stata un *Unrechtsstaat*, un'entità politica illegittima la cui legislazione è da ritenersi radicalmente nulla e priva di effetti. Conseguenza di ciò che la normativa della Repubblica Federale, di qualsiasi rango, debba ritenersi essere stata applicabile anche con riguardo ai territori orientali e ai cittadini tedeschi che in questi vivevano. Il *Grundgesetz* sarebbe stato quindi anche la Costituzione dei cittadini orientali, malgrado la sua efficacia fosse ovviamente inibita dalla presenza di un potere dispotico e contrario a ogni diritto. Questa tesi estremamente ardata sotto il profilo politico viene fondata dalla Paffrath su affermazioni che hanno cessato da gran tempo di far parte del dibattito scientifico tedesco. Sopra tutte quella secondo cui il *Deutsches Reich* non sarebbe crollato come entità statale e come soggetto di diritto internazionale, ma si sarebbe perpetuato in una nuova forma costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca e solo in questa, visto che solo il *Grundgesetz* occidentale fondeva le sue disposizioni sul presupposto dell'esistenza di un unico popolo tedesco e di un'unica essenza statale della nazione tedesca. Un'opinione che, se ha goduto di una qualche fortuna nella dottrina e nella giurisprudenza più risalenti, ha perso ogni attendibilità con il *Grundlagevertrag* stretto tra i due Stati tedeschi nel 1972, con il quale, a coronamento della stagione della *Ostpolitik* perseguita da Willy Brandt, la BRD riconosceva la DDR come Stato sovrano, dandole così la possibilità di essere a sua volta riconosciuta dagli altri Stati del blocco occidentale. L'argomento della DDR come *Unrechtsstaat* viene oggi scartato anche dai commentatori delle sentenze che ripetutamente hanno condannato le guardie di frontiera per le uccisioni dei fuggitivi. Cfr. sul punto G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 129 e p. 139. Un dibattito di cui la Paffrath si disinteressa in ogni caso, per affidare la risoluzione di un complesso problema di diritto internazionale al tenore formale del preambolo della legge fondamentale di uno solo dei due Stati coinvolti, omettendo di ricordare come anche la *Verfassung* della DDR del 1949 procedesse dall'idea di un'unica nazionalità tedesca (cfr. p. 354).

dopo i provvedimenti di confisca degli anni tra il 1945 e il 1949, avrebbe dovuto ritirarsi dalle trattative e rinunciare a questo storico obiettivo che, se pure indicato come un obbligo dalla stessa Costituzione, non poteva però essere conseguito a scapito di un diritto, come quello di proprietà individuale, derivante da un ordinamento superiore ⁽¹⁵⁾. Una contorta interpretazione del pensiero di Gustav Radbruch consente difatti all'Autrice di scomodare il diritto naturale per dichiarare la radicale nullità del Trattato di Unificazione nella parte in cui fa divieto di restituire i beni espropriati alla fine della seconda guerra mondiale ai proprietari originali. Un tentativo palese di apparentare simbolicamente la questione delle *Enteignungen* al problema della responsabilità delle guardie di frontiera della DDR per le uccisioni dei fuggiaschi oltre confine (questione per cui la Formula di Radbruch è stata più volte chiamata in causa come principio interpretativo ⁽¹⁶⁾) ma, appunto, nulla di più. Lo sforzo teorico di Radbruch si fondava sull'idea che possa esservi un giudizio di liceità della legge dello Stato, pur ritualmente adottata e resa efficace, fondato su un nucleo di principi superiori a qualsiasi ideologia politica. Se questo contributo originale sia riuscito o meno, sarà ancora a lungo materia di dibattito per giuristi e filosofi. Il poco originale tentativo di Costanze Paffrath è, più semplicemente, quello di elevare un'ideologia a sistema assoluto e indiscutibile di diritto e giustizia, misurando su questo modello artificiale ogni fatto storico, allontanando così la possibilità di coglierne il senso. È così che l'Autrice di *Macht und Eigentum* si chiede sgomenta perché molti esponenti della *leadership* della DDR godano ancora oggi dell'attenzione dell'opinione pubblica o perché altri abbiano avuto importanti ruoli politici nella Germania riunificata ⁽¹⁷⁾. La sua risposta è nel silenzio di cui le autorità della Germania Federale avrebbero coperto lo *Unrecht* della DDR ⁽¹⁸⁾, quasi che la Riunificazione dovesse servire per sancire il trionfo sul sistema sconfitto e non a costruire un futuro comune per il popolo tedesco. Al quesito circa la forte divisione che esiste ancora oggi tra l'Est e l'Ovest della Repubblica Federale, l'unica risposta che l'Autrice riesce a formulare passa ancora per la mancata restaurazione

⁽¹⁵⁾ P. 360 ss.

⁽¹⁶⁾ In una serie di sentenze, del BGH come di giudici territoriali che hanno suscitato e suscitano ancora un forte dibattito di cui non vi è ovviamente sospetto alcuno in *Macht und Eigentum*. Sul punto cfr. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., in particolare i paragrafi da 13 a 18 della prima parte.

⁽¹⁷⁾ Gli strali si dirigono questa volta verso Gregor Gysi, ultimo segretario della SED e protagonista della sua trasformazione nella *Partei des Demokratischen Sozialismus* (PDS), per cui fu deputato al *Bundestag* e, per alcuni mesi, *Wirtschaftssenator* per la città di Berlino. Cfr. *Macht und Eigentum*, p. 5, nota 12.

⁽¹⁸⁾ Espressione che viene usata di continuo nel libro in una accezione generica, buona per comprendere uccisioni e espropri in un unico orizzonte indistinto. Cfr. p. 370: « Ist das allgegenwärtige Schweigen über das begangene Unrecht in der DDR, die bereitwillige Assimilierung der SED-Größen in die gesamtdeutsche Gesellschaft, der Ruf nach alten DDR-Erringenschaften, nicht ein Triumph und Sieg des 'Sozialismus'? ».

delle antiche proprietà che avrebbe impedito la formazione di un ceto medio nei *Länder* orientali ⁽¹⁹⁾. Teoremi semplici ma proprio per questo di pochissima utilità, creati trascurando totalmente la dimensione giuridica della proprietà che, al di là delle particolarità tecniche, avrebbe chiaramente indicato all'Autrice una realtà diversa. Considerando la proprietà come relazione giuridica e non solo come simbolo ideologico, il governo federale risulta assai meno colpevole di quanto non sembri. Il *Restitutionsausschluß* non fu frutto di una precisa scelta della politica, piuttosto dell'impossibilità per la politica di ricostruire il proprio paese riportando esattamente indietro le lancette della Storia. Allontanando completamente dal proprio studio l'analisi della concreta struttura sociale assunta dalla proprietà in quaranta anni di DDR, Costanze Paffrath si preclude la possibilità di comprendere quanto ha avuto inizio con il 1990: la faticosa ricostruzione di una convivenza tra connazionali, non l'infinito e sterile trionfo di un'ideologia su un'altra.

3. Di ben diverso spessore è il secondo libro. Hanns Löhr, anche lui non un giurista, ci fornisce tuttavia una descrizione serrata e illuminante delle vicende che hanno riguardato le situazioni proprietarie nel primo periodo della Riunificazione. Il libro prende in considerazione, per una precisa scelta di metodo, unicamente la proprietà terriera. Anche per Löhr, difatti, tutta la dinamica che si svilupperà nel periodo successivo alla fine della DDR trova diretto presupposto nella *Bodenreform* degli anni tra il 1945 e il 1949 e cioè nelle ibride caratteristiche di una somma di provvedimenti che, dietro la classica giustificazione di voler colpire, insieme al latifondo, i fondamenti politici e sociali del nazismo, furono in realtà il poco lineare inizio della collettivizzazione socialista la quale poté significativamente riguardare soprattutto il bene terra, l'unico rimasto intatto nel valore dopo le immani distruzioni della guerra. La *Bodenreform* fu così una gigantesca operazione di trasformazione dei diritti di proprietà, dagli esiti quanto mai controversi. Da una parte, difatti, solo una piccola parte dei beni espropriati potevano dirsi appartenere agli *Junker*, al grande latifondo aristocratico; dall'altra, tuttavia, molta parte delle proprietà fondiarie fu effettivamente ripartita tra contadini privi di risorse ⁽²⁰⁾. Questo dato giustifica come il giudizio sugli esiti della riforma agraria sia un forte

⁽¹⁹⁾ Cfr. pag 19 dell'Introduzione. Ancora una volta la linea argomentativa dell'Autrice è estremamente semplificata: dalla Riunificazione i territori della ex DDR hanno ricevuto un'enorme massa di sovvenzioni che hanno sortito poco o nessun effetto poiché tale politica non ha avuto come obiettivo l'edificazione di quel *Mittelstand* che, solo, avrebbe consentito quella unione tra proprietà, libertà e tradizione da cui può trarre origine lo sviluppo economico.

⁽²⁰⁾ Cfr. p. 19: Löhr riporta come in totale la riforma agraria abbia portato all'espropriazione di più di tre milioni di ettari, di cui più di due milioni furono poi distribuiti a 560.000 tra profughi e piccoli coltivatori. Il resto costituì il nucleo primitivo della *Volkeigentum*.

termine di divisione tra le due parti della Germania riunificata e di come la preoccupazione sul destino dei beni pubblici sia stata propria non solo della SED, ma soprattutto delle forze protagoniste del risveglio democratico. Löhr ricorda come sia stato il teologo Wolfgang Ullmann, fondatore del *Movimento Democrazia Adesso* ⁽²¹⁾ a ipotizzare per primo, nei lavori del cd. *Runder Tisch* ⁽²²⁾, la creazione di un consorzio fiduciario cui devolvere la proprietà pubblica al fine di privatizzarla. Un suggerimento che fu immediatamente fatto proprio da Modrow che, il 1 marzo 1990, costituiva la *Anstalt zur treuhänderischen Verwahrung des Volkseigentums*. Da quel giorno la riconversione dell'ordinamento della proprietà socialista sarà costantemente improntata a questo unico modello, centrato su un ente autonomo chiamato a gestire i beni e a venderli pezzo a pezzo. In quella stessa data alla *Treubandanstalt* fu devoluta tutta la proprietà terriera dello Stato, il cui utilizzo era prima riservato alle cooperative di produzione agricola. La preoccupazione maggiore del governo della DDR nella transizione alla democrazia era quella che i propri cittadini potessero avere, nella Riunificazione, eguali possibilità di accesso al mercato dei beni produttivi rispetto ai loro nuovi connazionali.

Per questo la commissione competente della *Volkskammer* eletta democraticamente e con la maggioranza della CDU approvò alla fine del maggio 1990 il divieto per persone fisiche e giuridiche, che non avessero avuto sede nel territorio della DDR in data precedente al 7 ottobre 1989, di acquisire la proprietà terriera ⁽²³⁾. La dichiarazione congiunta da cui C. Paffrath fa dipendere la sostanza del complotto ordito dai due governi tedeschi per defraudare le vittime della *Bodenreform* delle loro legittime aspettative non poteva essere, da sola, così decisiva. Löhr ricorda come la *Gemeinsame Erklärung*, con l'impegno a non ridiscutere gli esiti dei provvedimenti del periodo 1945-49, poteva esplicitare effetti solo nei confronti dei beni passati nella diretta titolarità dei singoli, ma non nei riguardi della maggior parte della *Volkseigentum*, su cui insisteva il diritto di uso delle LPG, ma che certo non ricadevano nella loro proprietà ⁽²⁴⁾. Questi beni sarebbero risultati persi

⁽²¹⁾ *Bürgerbewegung: Demokratie jetzt* fu uno dei più importanti movimenti politici che sorsero nel territorio della DDR fra il 1989 e il 1990, fra i quali occorre ricordare il *Neues Forum* (il primo in assoluto) e *Demokratischer Aufbruch*.

⁽²²⁾ La Tavola rotonda fu la sede formale di dialogo e di riunione delle diverse forze e movimenti di opposizione al governo della DDR maturati dai fermenti che porteranno alla caduta del Muro di Berlino il 9 novembre 1989. Questa denominazione trovava precedenti nell'esperienza della Polonia e delle Cecoslovacchia, come ricorda MAIR, *Il crollo*, cit., p. 84, il quale evidenzia come il *Runder Tisch* abbia rappresentato, prima delle prime elezioni libere della *Volkskammer*, l'unica sede di decisione dotata di legittimazione politica.

⁽²³⁾ Cfr. p. 27.

⁽²⁴⁾ La cooperativa di produzione agricola era difatti *Rechtsträger* del bene oggetto di *Volkseigentum*. Come teorizzato dal Venediktov, nel sistema socialista —

all'economia dei *Länder* orientali, nella repentina transizione all'economia di mercato: l'enorme esposizione debitoria delle cooperative di produzione agricola non lasciava alcuna speranza in tal senso ⁽²⁵⁾. È per questo che gli ultimi, convulsi mesi della DDR sono caratterizzati, indipendentemente dal colore del governo, da una serie di provvedimenti volti a tutelare il più possibile i cittadini orientali e le loro comunità dall'imminente arrivo della libera concorrenza ⁽²⁶⁾. L'ordinamento della proprietà terriera risultò pertanto composto da una stratificazione di provvedimenti presi in momenti diversi e ispirati a finalità non omogenee. Al centro del sistema restò il *Treuhandanstalt* che diverrà nel periodo immediatamente successivo alla Riunificazione l'organo incaricato di gestire la privatizzazione.

Un processo estremamente complesso, in cui l'indecisione politica e il conflitto tra opposti interessi sociali vennero a confondersi con una serie di problemi rilevanti dal punto di vista economico e giuridico. Assicurare la permanenza al patrimonio statale dei beni fu la prima preoccupazione del governo federale, che si dispose così a garantire per i debiti delle aziende agricole, che avrebbero altrimenti potuto trovare garanzia nei beni dell'ex *Volkseigentum* e a censire questi ultimi, attraverso complesse operazioni tecniche. Particolari difficoltà si ebbero poi relativamente alla individuazione della forma giuridica che doveva essere riconosciuta a tali soggetti, conseguendo da tale qualificazione la possibilità o meno di dichiarare lo stato di insolvenza, fatto da cui dipendeva il loro merito di credito presso il sistema bancario ⁽²⁷⁾. Un ostacolo fra tutti poteva però compromettere la via verso la privatizzazione: le pretese dei proprietari espropriati. Löhr mostra bene come i notevoli interessi in gioco abbiano condotto molti fra gli espropriati nella *Bodenreform* o i loro eredi a costituire un'associazione, la *Arbeitsgemeinschaft für Agrarfragen in der DDR*, che agì ancora prima della Riunificazione politica come gruppo di pressione. Il suo scopo: impedire la cessione a terzi dei beni da parte della *Treuhand*. Per l'Autore di *Kampf um das Volkseigentum*, la dichiarazione

ossia in quella fase di sviluppo in cui l'egemonia politica della classe operaia si realizza all'interno della struttura statale, destinata a scomparire nella piena realizzazione del comunismo — la proprietà dei mezzi di produzione è dello Stato, che la concede in uso ai diversi soggetti sociali, i quali hanno l'obbligo di usarne secondo i dettami della pianificazione economica. Cfr. A. V. VENEDIKTOV, *La proprietà socialista dello Stato*, Torino, Einaudi, 1953, p. 87 e ss. Questo modello fondamentale fu predicato in molti modi diversi nei quaranta anni di vita della DDR, in cui il concetto giuridico di *Volkseigentum* fu continuamente ridefinito da interventi della dottrina e della giurisprudenza, fino a trovare codificazione nel *Zivilgesetzbuch* del 1975.

⁽²⁵⁾ Löhr ricorda come le LPG fossero costrette dal governo della DDR a contrarre prestiti per la realizzazione di strade, asili d'infanzia e altre opere di utilità sociale, con ciò in realtà spostando sui bilanci delle cooperative una parte degli oneri che sarebbero altrimenti gravati sul bilancio dello Stato. Cfr. p. 44.

⁽²⁶⁾ Cfr. p. 30 e 31.

⁽²⁷⁾ Cfr. p. 49.

congiunta tra i due governi tedeschi, con la quale si dichiaravano fermi e indiscutibili gli effetti della riforma agraria, lungi dall'essere stato l'inizio di un complotto unilateralmente preordinato, diviene vicenda che si inserisce naturalmente nel clima concitato di quei giorni, in cui forze portatrici di interessi diversi cercavano affannosamente di sfruttare il poco tempo disponibile per imprimere agli eventi la piega che meglio risultasse di loro vantaggio. La *Gemeinsame Erklärung* consente al governo federale una prima vittoria, poi stemperata dal vorticoso crescere dei ricorsi degli antichi espropriati al *Bundesverfassungsgericht*. Una messe di azioni giudiziarie i cui effetti sostanziali ponevano in immediato pericolo l'agire della *Treubandanstalt*, limitando fortemente la sua capacità di disporre a vario titolo dei beni, cosa che, già di per sé dannosa per le attività agricole, diveniva del tutto esiziale per quelle industriali ⁽²⁸⁾. Il percorso della *Treuband* fu pertanto erratico fin dall'inizio: se ad esempio a fine novembre del 1990 essa emanò una direttiva per cui avrebbe venduto il terreno a quei cittadini dei *Länder* orientali che avessero voluto acquistare le abitazioni costruite sulla sua superficie e da questi già abitate, già all'inizio del 1991 una legge sugli 'investimenti particolari' concedeva all'opposto alle vittime della *Bodenreform* la possibilità di prendere in affitto i terreni contestati, con l'impegno ad apportarvi migliorie ⁽²⁹⁾.

La pronuncia del Tribunale Costituzionale segnò così l'inizio del processo di privatizzazione vero e proprio, assicurando alla *Treuband* la piena disponibilità dei beni, non più gravati della possibile evizione a favore degli antichi proprietari. Un punto di svolta in cui anche questo volume vede dei punti oscuri (dall'ambiguità con cui fu intesa la posizione dell'Unione Sovietica, per proseguire con l'ibrido ruolo giocato dal presidente del *Bundesverfassungsgericht*, Roman Herzog, che aveva collaborato nel 1990 alla redazione di quel Trattato di Unificazione di cui giudicò la costituzionalità appena nel 1991 ⁽³⁰⁾) addebitabili all'inequivocabile volontà del governo federale di utilizzare la *Volkseigentum* per pagare i costi della Riunificazione.

Nella più matura analisi di Löhr, tuttavia, la sentenza del 1991 è ben lungi dall'essere un complotto preordinato ad arte. Essa è piuttosto uno tra i tanti momenti di una vicenda fortemente erratica, sempre in bilico tra tre esigenze contrastanti: limitare al massimo gli scompensi

⁽²⁸⁾ Cfr. p. 55.

⁽²⁹⁾ Cfr. p. 57.

⁽³⁰⁾ Un particolare che si scoprì solo negli anni successivi, grazie alla lettera alla *Frankfurter Allgemeine Zeitung* di un discepolo dello stesso Herzog, figura dalla lunga carriera politica nelle file della CDU, il quale fu poi *Bundespräsident* dal 1994 al 1999. Cfr. LÖHR a p. 69. È significativo ricordare come Herzog, da presidente del *Bundesverfassungsgericht*, abbia sempre confermato, con riguardo alla questione del confine fra la Germania riunita e la Polonia, l'indirizzo della permanenza del *Deutsches Reich* come soggetto di diritto anche dopo la capitolazione del maggio 1945, argomento al contrario adoperato anche da C. Paffrath per contestare alla radice la sentenza del 1991.

sociali nei *Länder* orientali, venire incontro agli interessi dei proprietari espropriati, privatizzare i beni pubblici rilanciando l'economia dell'ex DDR. Il disegno del governo federale non avrà mai modo di sviluppare una progettualità coerente, ma si disperderà in tentativi ambivalenti. All'inizio la *Treuband* predisporrà concettose procedure di vendita per offerta pubblica ⁽³¹⁾ che lasceranno insoddisfatte le pretese degli espropriati, tanto che talune di esse non si perfezioneranno mai. La *Treubandanstalt* verrà poi affiancata da una società che ne duplicherà fedelmente quanto inutilmente le competenze relativamente ai beni già titolati alle cooperative di produzione agricola, la *Bodenverwertungs- und- verwaltungsgesellschaft* (BVVG). La stratificazione di leggi, direttive e provvedimenti diversi provocherà un crescente numero di conflitti tra vecchi proprietari e enti successori delle LPG circa il grado di prelazione sul diritto ad affittare le medesime superfici agricole ⁽³²⁾. Il conflitto tra gli interessi dei proprietari espropriati in seguito alla *Bodenreform* e quelli dei cittadini della ex DDR caratterizzeranno anche il lungo dibattito che sfocerà nella legge sui risarcimenti e le prestazioni compensative (*Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz*), che lascerà insoluta la massima parte dei problemi.

La puntuale analisi dei provvedimenti legislativi consente a Löhr ciò che la Paffrath volutamente si preclude: evidenziare le scelte politiche alla base del lungo (e per più aspetti non ancora compiuto) processo di Riunificazione. Lontanissima da lui l'idea di un destino naturale del diritto di proprietà privata, che avrebbe potuto e dovuto individuare con semplicità e sicurezza il titolare di ogni singolo bene dopo la caduta della DDR, l'Autore può mostrare con piena efficacia le diverse strade che si sarebbero potute percorrere per arrivare alla privatizzazione e quali furono effettivamente percorse, delineando i tratti di una vicenda storica nelle sue caratteristiche irripetibili e incoercibili all'interno di un disegno ideologico troppo semplice ⁽³³⁾.

RAFFAELE VOLANTE

⁽³¹⁾ Cfr. pp. 79 e ss.

⁽³²⁾ Il volume analizza un caso in particolare, cfr. p. 113 e ss.

⁽³³⁾ Löhr evidenzia queste diverse possibilità nel capitolo conclusivo, mostrando da un lato come l'ipotesi costantemente scartata dalle politiche pubbliche, del *Treuband* come di altri organi comunque coinvolti, sia stata quella di attribuire i beni provenienti dalla *Volkeigentum* a organi esponenziali delle singole comunità, nella convinzione che solo una rapida privatizzazione avrebbe portato l'economia dei *Länder* orientali a risollevarsi e come, d'altro canto, questo processo si sia dovuto scontrare con il timore di creare scompensi sociali troppo forti.

GEMINELLO PRETEROSSÌ, *L'Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

Che cosa sopravvive dell'Occidente dopo la serie di 'guerre umanitarie' decise dalle potenze occidentali negli ultimi quindici anni, e culminate nella 'guerra preventiva' scatenata degli Stati Uniti e dalla Gran Bretagna contro l'Iraq? Che cosa resta della grande tradizione giuridica occidentale che è all'origine dello stesso ordinamento internazionale, dopo le sistematiche violazioni della Carta delle Nazioni Unite di cui i paesi occidentali si sono resi responsabili? Questo è l'interrogativo centrale dei saggi che Geminello Preterossi ha raccolto sotto il titolo *L'Occidente contro se stesso* (Roma-Bari, Laterza, 2004).

Che cosa rimane dei valori, delle istituzioni, della identità storica dell'Occidente e, in esso, dell'Europa occidentale? Preterossi non assume una posizione di negazione assoluta, che non consenta alternative. Nel cuore dell'Occidente alberga un'inclinazione intellettuale molto resistente, che manca alle culture che non hanno conosciuto la rivoluzione razionalista e individualista dell'illuminismo europeo e sono state appena sfiorate dal processo di secolarizzazione. Il pungolo del dubbio, lo spirito critico, il senso della complessità delle cose, la parzialità di ogni conoscenza: questi valori sono, secondo Preterossi, « il nucleo indisponibile » della modernità occidentale, laica, razionalista, tollerante.

Ma l'Occidente moderno e contemporaneo, è, nello stesso tempo, il luogo di una « contraddizione intrinseca e in qualche modo necessaria »: ogni discorso sulle libertà e sui diritti individuali — scrive Preterossi — è inevitabilmente anche un discorso sui poteri, perché l'ordine politico e giuridico non si sostiene da solo, ma necessita, per affermarsi e stabilizzarsi, di una forza politica organizzata che protegga i diritti anche con la forza. Questo è il duplice volto dell'Occidente: da una parte le regole, i diritti individuali, il costituzionalismo, dall'altra l'istituzionalizzazione della forza, la pratica della guerra, il potere. E il potere tende per sua natura a espandersi, a divenire arbitrario, a operare oscuramente nei meandri della società, a sottrarsi alle regole che pone e che dichiara formalmente vincolanti per tutti. Anche nell'Occidente liberale e democratico il potere è realmente se stesso quando è invisibile, quando non segue regole ma ne crea di nuove, quando discrimina fra amici e nemici.

È in questa chiave che Preterossi esprime la sua tesi centrale: oggi siamo in presenza di un processo paradossale che rischia di portarci alla distruzione, proprio in nome degli 'interessi vitali' dell'Occidente, dei valori e della stessa 'legittimità' della cultura politica e giuridica occidentale. L'uso sistematico della forza in palese violazione del diritto internazionale sembra annunciare il tramonto di una civiltà fondata sul diritto e sulla autonomia individuale, sulla tolleranza religiosa, sulla

libertà della ricerca, sulla democrazia. È la faccia potestativa e violenta dell'Occidente — il suo universalismo coloniale e imperiale, il suo delirio di onnipotenza — che prevale su quella relativista, 'garantista' e democratica.

L'idea di Occidente, ricorda Preterossi, nasce tra Settecento e Ottocento come una proiezione ed espansione politica dello spazio europeo nella direzione dell'"emisfero occidentale" americano. Sia per Hegel che per Carl Schmitt — due filosofi pur così lontani l'uno dall'altro — l'Occidente tende a identificarsi con il 'nuovo mondo' che incorpora e porta a compimento la modernità europea, che ne universalizza i valori e le tensioni interne. Il 'nuovo mondo' americano è lo sviluppo estremo e la sintesi vitale di una tradizione che include la filosofia greca, il diritto romano, il cristianesimo, la Riforma. L'America è un 'Occidente senza confini' rispetto al quale l'Europa resta il vecchio 'Occidente', ancorata com'è alla dimensione mediterranea: una cultura del *limes*, del multilateralismo, del mare fra le terre, estranea alla dimensione cosmopolitica delle potenze oceaniche.

Secondo Preterossi è merito di Carl Schmitt l'aver tracciato, in *Nomos der Erde*, la genesi dell'uso politico globale — atlantico e oceanico — della nozione di Occidente. Quest'uso si afferma a partire dalla proclamazione, nel 1823, della 'dottrina Monroe' da parte degli Stati Uniti d'America. Nasce in questo modo un'idea di Occidente che mette in questione le linee eurocentriche della rappresentazione globale del mondo. L'Europa perde il suo primato e la sua centralità. Essa è parte dell'"emisfero occidentale", ma in una posizione periferica rispetto al dominio assoluto e impenetrabile che gli Stati Uniti rivendicano sul 'grande spazio' del continente americano. E l'Europa subisce inesorabilmente l'egemonia degli Stati Uniti quando la nuova grande potenza occidentale è in grado di attribuire alla 'dottrina Monroe' una dimensione universalistica ed espansionistica. In questo senso l'Occidente che oggi conosciamo nasce quando dall'idea originaria di un *Grossraum* panamericano, particolaristico e difensivo, gli Stati Uniti passano a forme di intervento ben oltre l'area caraibica e sud-americana. Questa proiezione universalistica e globalistica della dottrina Monroe troverà la sua massima espressione teorica nell'idealismo wilsoniano e la sua applicazione pratica nelle guerre mondiali del Novecento, conclusesi con i bombardamenti atomici di Hiroshima e Nagasaki.

Questo processo evolutivo si conclude quando gli Stati Uniti, dopo la fine della guerra fredda e il tramonto dell'esperienza del 'socialismo reale', raggiungono un'assoluta supremazia militare e si erigono a potenza imperiale di dimensioni planetarie. Essi si mostrano in grado di promuovere un radicale mutamento della guerra stessa, che da 'guerra moderna' fra Stati sovrani diviene 'guerra globale'. Come ha scritto Schmitt, e come Preterossi sottolinea, se la forza militare è in modo evidente impari, muta la nozione stessa di guerra: l'avversario diviene

soltanto oggetto di coazione e l'ostilità assume forme così aspre da non poter essere sottoposta ad alcuna limitazione o regolazione. Solo chi si trova in condizioni di irrimediabile inferiorità si appella al diritto internazionale contro lo strapotere dell'avversario. Chi invece gode di una completa supremazia militare fa della sua invincibilità il fondamento della sua *justa causa belli* e tratta il nemico come un bandito e un criminale. Su questo punto, ricorda Preterossi, Schmitt ha usato parole profetiche:

« la discriminazione del nemico come criminale e la contemporanea assunzione a proprio favore della *justa causa* vanno di pari passo con il potenziamento dei mezzi di annientamento e con lo sradicamento spaziale del teatro di guerra. Si spalanca l'abisso di una discriminazione giuridica e morale altrettanto distruttiva [...]. Nella misura in cui oggi la guerra viene trasformata in azione di polizia contro turbatori della pace, criminali ed elementi nocivi, deve essere anche potenziata la giustificazione dei metodi di questo *police bombing*. Si è così indotti a spingere la discriminazione dell'avversario in dimensioni abissali » (1).

Per Preterossi sta in questa lettura schmittiana dell'imperialismo statunitense la chiave per intendere sia le strategie unilaterali, sempre più aggressive, che gli Stati Uniti hanno elaborato e messo in pratica nell'ultimo decennio del secolo scorso e, in una ininterrotta *escalation*, nelle guerre contro l'Afghanistan e contro l'Iraq, condotte agitando la bandiera universalistica della guerra contro il terrorismo globale.

Entro questa cornice concettuale si colloca la critica rigorosa che Preterossi rivolge all'universalismo etico-politico di autori come Michael Ignatieff e John Rawls, autori pronti a giustificare, in termini paternalistici e moralistici, la dottrina della *humanitarian intervention* e, più in generale, la pretesa espansiva e globalistica del liberalismo politico ed economico. Altrettanto fermo è il rifiuto della *new strategy* sostenuta con allarmante successo da autori *neocons* come William Kristol, Richard Pearle, Paul Wolfowitz, Michael Ledeen, Robert Kagan. L'ideologia conservatrice di questi autori esprime nel modo più netto ed eloquente una visione semplificata e manichea del rapporto fra l'Occidente e il resto del mondo. Nella loro elementare « metafisica della globalizzazione », sostiene Preterossi citando ancora Schmitt,

« una linea globale suddivide il mondo in due metà, una delle quali buona e l'altra cattiva, ed è una linea di valutazione morale che assegna il *più* e il *meno*. Essa dà una risposta permanentemente negativa all'altra parte del pianeta » (2).

In questa logica non solo viene screditato l'ordinamento internazionale e vengono emarginate le istituzioni che lo incarnano, ma si

(1) Cfr. C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), Berlin, Duncker und Humblot, 1974, trad. it. Milano, Adelphi, 1991, p. 430.

(2) Ivi, p. 388.

assume che gli Stati Uniti siano l'epicentro evolutivo del pianeta. E l'Europa tende ad essere pensata come una periferia estrema occidentale, una periferia ancora una volta in ritardo sul quadrante di una storia contemporanea che l'incontenibile energia creativa del nuovo mondo spinge verso una rivoluzione continua.

Fra tutti è Robert Kagan l'autore che nel modo più esplicito e brutale ha contrapposto l'«altro Occidente» — la potenza spirituale, politica e militare degli Stati Uniti — alla «Vecchia Europa», impotente e imbecille, idealisticamente devota al diritto internazionale: un'Europa incapace di usare la forza in un mondo anarchico nel quale la guerra al terrorismo (di matrice islamica) è divenuto il compito primario delle nazioni democratiche, esemplarmente assolto dagli Stati Uniti.

La guerra contro l'Iraq, interpretata in questa chiave, non è dunque soltanto, secondo Preterossi, l'espressione di una radicale negazione dei valori occidentali da parte della massima potenza occidentale. È un conflitto epocale fra il nuovo e il vecchio Occidente. O, formulato più chiaramente, è un conflitto fra l'estrema propaggine geopolitica dell'Occidente e il suo originario spazio europeo: è un conflitto fra l'«altro Occidente» — ormai orientato ad essere e a ritenersi il solo Occidente — e l'Europa. Un progetto di pacificazione del mondo non passa dunque attraverso un'ulteriore subordinazione dell'Europa al progetto egemonico degli Stati Uniti. Passa per la capacità della «vecchia Europa» di recuperare i suoi valori originari, a cominciare dalla riaffermazione del diritto e delle istituzioni internazionali e della necessità del dialogo e della cooperazione con le altre culture e civiltà. La pace dipende dalla capacità dell'Europa Unita di svolgere una funzione di equilibrio strategico in un mondo policentrico e multipolare, liberato dalla devastante pressione dell'unilateralismo imperiale degli Stati Uniti. Si potrebbe dire, parafrasando Preterossi, che un nuovo ordine mondiale dipende dalla capacità dell'Europa di essere meno «occidentale» e molto più «europea».

Questa impostazione, conclude Preterossi, richiede una riflessione impietosa sulle radici dell'orrore che anche l'Occidente si è rivelato e si rivela ancora oggi capace di produrre. Per recuperare credibilità e legittimità l'Occidente non ha altra via che una critica radicale, una decostruzione della propria ambigua identità. Questa autocritica dell'Occidente deve passare sia attraverso un recupero autoriflessivo della propria tradizione giuridica e dei propri principi costituzionali, sia, in profondità, attraverso il riconoscimento del suo rapporto contraddittorio con «l'insidia della potenza» che cova nel suo seno.

DANILO ZOLO

DIEGO QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

Diego Quaglioni si cimenta con un difficile compito: sviluppare, nel breve spazio predisposto dalla 'Biblioteca Essenziale' Laterza, un'analisi storico-teorica di uno dei concetti (simboli, miti) centrali della riflessione politico-giuridica: 'sovranità'. Quali sono le strategie adottate dall'autore per raggiungere il suo obiettivo? La strategia principale mi sembra essere quella di un fecondo connubio fra 'storia' e 'teoria'. Diego Quaglioni è uno storico del pensiero giuridico e politico e la sua analisi della sovranità è perfettamente calata nella prospettiva della 'storia concettuale'. Proprio per questo, però, proprio perché l'autore è consapevole dell'inevitabile (e proficua) immanenza della teoria nel lavoro storico-ricostruttivo, la storia della sovranità che egli delinea, se, per un verso, si impegna nella comprensione di molteplici testi e contesti valorizzandone la storica determinatezza, per un altro verso è sorretta e guidata dalla tematizzazione delle principali 'domande' proposte dall'odierna riflessione sulla sovranità. E queste domande peraltro, lungi dall'essere l'espressione di un presente privo di tradizioni e di radici, sono esse stesse difficilmente comprensibili senza coglierne i presupposti e le premonizioni in tutto il secolare sviluppo del pensiero politico-giuridico.

Il primo capitolo del libro è appunto dedicato alla presentazione dei profili più generali della sovranità messi a fuoco dal dibattito odierno. Valga l'esempio, fra i molti possibili, di un tema decisivo, destinato a presentarsi ripetutamente in diversi storici e pure ancora al centro dell'attenzione nel nostro presente: il tema della tensione (in qualche modo irrisolta) fra l'istanza 'decisionistica', fra la vocazione all'assolutezza del potere sovrano e l'esigenza di trovare principi, valori, strumenti capaci di contenere l'energia tendenzialmente irrefrenabile del potere stesso.

Siamo appunto di fronte ad una di quelle 'grandi domande' che, riproponendosi insistentemente nel corso della storia della sovranità, inducono a tentare di rintracciare, accanto ed oltre le evidenti fratture, possibili, soggiacenti continuità.

Il difficile nesso fra 'continuità' e 'discontinuità' investe peraltro frontalmente l'intera storia della sovranità: esso anzi non è semplicemente un problema accanto ad altri, un nodo da sciogliere 'dentro' la storia della sovranità, ma una sua condizione di possibilità: non solo ne determina la strutturazione interna, le singole scansioni narrative, ma rende fortemente discutibile la determinazione stessa del suo punto di inizio. Quando comincia, propriamente, la storia della sovranità? Questa storia è inseparabile dall'orizzonte della modernità oppure la sovranità (l'idea, il simbolo, il mito della sovranità) viene da lontano e raggiunge dopo un lungo percorso la modernità, piuttosto che nascere

simultaneamente con essa, pur presentando inequivocabili fratture nel corso del suo lungo cammino?

Questo problema, che non è certo recente, non può dirsi ancora risolto una volta per tutte ⁽¹⁾. Credo comunque che convenga impostarlo (ed è questa — mi sembra — la strategia euristica adottata da Diego Quaglioni) senza sovrapporre o addirittura far coincidere due espressioni, e due aree problematiche, connesse ma distinte: ‘sovranità’ e ‘Stato’.

Lo Stato (cosiddetto) moderno, costruito concettualmente dalla giurispubblicistica otto-novecentesca, corredato dai suoi elementi costitutivi — territorio, popolo, unità di comando, burocrazia — è, a mio avviso, uno strumento metalinguistico troppo rigido e vincolante (sul piano dei contenuti) per essere utilmente impiegato per descrivere (per tradurre nel nostro linguaggio), tanto per fare qualche esempio, la visione aristotelica della polis o la rappresentazione bartoliana della *civitas*. Conviene allora colpire con lo stesso ostracismo il termine ‘sovranità’ disponendosi a riferirlo soltanto a teorie e a culture capaci di fare della sovranità un contrassegno (anzi meglio l’essenza) della statualità?

Non credo che il rifiuto di impiegare il termine ‘Stato’ nel nostro processo di comprensione storico-ermeneutica delle culture ‘pre-moderne’ imponga la cancellazione dal nostro metalinguaggio anche del termine ‘sovranità’: questo termine infatti è contenutisticamente molto più ‘leggero’ del termine ‘Stato’ e permette di richiamare l’attenzione su un aspetto generale e formale di un qualsivoglia processo di potere: sul suo culmine o vertice. Non c’è alcun vincolo, predeterminato dal termine ‘sovranità’, a identificare il processo di potere (al cui vertice il termine si riferisce) con la sua incarnazione ‘moderna’ (con lo Stato teorizzato dai giuristi e filosofi ottocenteschi).

È appunto in questa prospettiva che Quaglioni dedica pagine importanti alla ricostruzione dell’immagine medievale della sovranità (segnalando al contempo, beninteso, la radicale discontinuità che separa la rappresentazione medievale della sovranità dalla teoria moderna, otto-novecentesca, della sovranità stessa). E infatti: la rappresentazione medievale della sovranità si intreccia strettamente con l’idea di una catena discendente di poteri, di contro all’idea moderna di un sovrano ‘assolutamente’ separato dai sudditi, a loro volta assunti come ‘eguali’ di fronte all’irresistibile potere statale; e ancora: la celebrazione medievale del potere supremo non è mai disgiunta dal richiamo dei vincoli contenutistici che la legge divina e naturale impone alla volontà sovrana, di contro al dogma moderno (lucidamente formulato

(1) Cfr. le acute considerazioni di P.P. PORTINARO, *Stato*, Bologna, il Mulino, 1999.

da Hobbes) dell'impossibilità di pensare la sovranità nel quadro di un sistema di limiti capaci di frenarla 'dall'esterno'.

Lo stesso Bodin — un tempo troppo sbrigativamente presentato come l'alfiere di una sovranità ormai compiutamente 'moderna' — è in realtà un personaggio complesso proprio per la continua compresenza di orientamenti legati alla tradizione (alla tradizione giuridica medievale e all'immagine di sovranità da essa elaborata) e coraggiose innovazioni. Di questo complicato momento di passaggio dalla visione medievale alla teorizzazione moderna della sovranità le pagine del nostro autore offrono una ricostruzione limpida ed equilibrata, capace di restituirci in modo convincente le molteplici facce del prisma bodiniano (e particolarmente illuminante e avvincente mi sembra, in questa prospettiva, il nesso instaurato da Quagliani fra gli 'arcaici' interessi 'demonologici' di Bodin e il trasparire in filigrana del tema — drammaticamente moderno — del 'volto demoniaco del potere').

Il salto decisivo nel moderno si compie oltre Bodin (ma, beninteso, anche attraverso di lui), seguendo una linea di assolutizzazione del potere che collega (sia pure nel ricorso a schemi fondativi in buona misura diversi) il disincantato scetticismo di Montaigne con la rigorosa e dimostrativa fondazione hobbesiana del Leviatano. Opera comunque al fondo una direttrice di sviluppo che Quagliani (collegandosi alla 'classica' tesi di Schnur ⁽²⁾) mette limpidamente in evidenza: la fondazione di un potere ormai rigorosamente 'assoluto' è costitutivamente collegata con il protagonismo di quel nuovo individuo che inaugura, sul piano antropologico, quella 'modernità' aperta, sul terreno della sovranità, dal Leviatano ⁽³⁾.

Certo, Quagliani non è disposto a 'forzare' Hobbes al punto da farne il paradigma unico ed esclusivo della modernità. È però anche vero che la traiettoria otto-novecentesca della sovranità ricostruita dal nostro autore è in sostanza dominata da una tensione fra due poli contrapposti: da un lato, la scoperta del potere terribile e irresistibile del sovrano, dall'altro l'esigenza di salvare l'individuo (un'esigenza resa ancora più drammatica e urgente da quando il terrore giacobino ha infranto irrimediabilmente la settecentesca, ottimistica 'armonia prestabilita' fra il sovrano 'illuminato' e l'individuo). È il problema che Tocqueville affronta mettendo a fuoco il difficile rapporto che intercorre fra libertà ed eguaglianza; è ancora il problema che la dottrina giuridica europea (soprattutto nel secondo Ottocento) affronta sistematicamente e tenta di risolvere sviluppando la sua teoria dello 'Stato di diritto': una teoria che, per un verso, vuol mantenere alla sovranità

(²) R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica europea prima di Thomas Hobbes (1600-1640)*, Milano, Giuffrè, 1979.

(³) Mi permetto di rinviare, per un'analogia lineare ricostruttiva, a P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 1, Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

statuale il crisma dell'assolutezza, mentre, per un altro verso, si sforza di garantire (ricorrendo alla formula, jheringhiana ed jellinekiana, dell'autolimitazione) i diritti dei soggetti ⁽⁴⁾, ma in realtà non è in grado (né poteva esserlo) di arginare una volta per tutte quella tensione 'demoniaca' del potere che si conferma, conclusivamente, come uno dei grandi temi che Diego Quaglioni è riuscito a mettere a fuoco nella sua limpida e appassionante narrazione storico-teorica: una narrazione capace di coniugare l'attenta, scrupolosa storicizzazione dei singoli testi ed autori con la brillante tematizzazione di quei profili problematici che fanno del discorso della sovranità un decisivo tramite fra il nostro presente e un passato remoto e diverso e pure al contempo vicino e significativo.

PIETRO COSTA

⁽⁴⁾ Mi permetto di rinviare a P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 89-170.

A proposito di ...

FEDERIGO BAMBI

UN COSTITUTO DAVVERO PER TUTTI?

(a proposito del *Costituto del comune di Siena volgarizzato nel MCCCIX-MCCCX*, a cura di Mahmoud Salem Elsheikh, Siena, Fondazione Monte dei Paschi di Siena, 2002, in 4 tomi) (*)

1. Premessa. — 2. Simmetrie e divergenze (a proposito della nuova edizione finalmente arrivata). — 3. Simmetrie e divergenze (a proposito di due città, di due notai, di due volgarizzamenti). Con una domanda ‘provocatoria’.

1. *Premessa.*

Sono poco più di quindici anni da quando ho incontrato per la prima volta il *Costituto* di Siena. E se l’ho conosciuto la colpa è proprio del suo nome, anche se poi non è con quel nome che normalmente e familiarmente si chiama.

Quando mi fu proposto di studiare per la mia dissertazione di laurea i nomi che nella storia della lingua giuridica avevano assunto le leggi fondamentali, occuparsi anche del vocabolo *costituto* fu una scelta obbligata, che segnò una strada ed aprì una consuetudine di rapporti: i due volumi della vecchia edizione del Lisini ⁽¹⁾ finirono di lì a poco sul mio tavolo, e qui son rimasti — tra una consultazione e l’altra — fino a quindici giorni fa, quando è iniziato un trasloco che ha portato il nostro Dipartimento fiorentino dalla sua bella e centralissima collocazione di piazza Indipendenza nella nuova sede posta nella periferia nord della città, a Novoli. Il rapporto con il *costituto* del Lisini è diventato allora ancora più stretto perché, nella temporanea forzata indisponibilità di un tavolo, i due libroni sono finiti direttamente nella mia borsa, dove hanno trovato dimora stabile — tranne il tempo in cui li ho ripetutamente consultati per venire qui a parlarne — e dove ancora rimangono, sicché non è solo una

(*) Il testo riproduce, anche per il tono volutamente colloquiale, quanto detto a Siena nella Sala delle Lupe del Palazzo Pubblico il 30 ottobre 2003 in occasione della tavola rotonda sulla nuova edizione del *Costituto del comune di Siena volgarizzato nel MCCCIX-MCCCX*, a cura di M. S. ELSHEIKH, Siena, Fondazione Monte dei Paschi di Siena, 2002, in 4 tomi; nelle citazioni le pagine di questa edizione sono precedute da S.

(¹) *Il costituto del comune di Siena volgarizzato l’anno MCCCIX-MCCCX*, a cura di A. LISINI, Siena, Tipografia Sordomuti di L. Lazzeri, 1903, in 2 volumi; nelle citazioni le pagine di questa edizione sono precedute da L.

metafora il dire che adesso davvero posso apprezzare tutta l'importanza ed il peso del volgarizzamento senese d'inizio Trecento.

Quell'importanza e quel rilievo per la storia delle istituzioni senesi, ma soprattutto per la storia della lingua che hanno quasi portato a personalizzare lo statuto, attribuendogli, nell'uso normale e familiare a cui accennavo prima, il nome del suo volgarizzatore, *Gangalandi* ⁽²⁾. Per cui se ad esempio in ambiente di Crusca doveste sentir cercare il *Gangalandi*, state pur certi e tranquilli: nessuno ha intenzione di riesumare le spoglie mortali di ser Ranieri; si avrà solo bisogno di vedere i due volumi del Lisini, oppure, da un anno a questa parte, i quattro della bellissima nuova edizione di Mahmoud Salem Elsheikh.

Ed è bene forse cominciare a ringraziarlo subito, il nostro amico, insieme alla Fondazione Monte dei Paschi: prima di tutto — e a prescindere da tutto — per aver mosso e portato a compimento la nuova edizione che consente a chi non possedeva la prima di riempire un vuoto davvero importante della biblioteca. L'edizione del 1903 infatti è proprio introvabile, come mi confermava indirettamente qualche anno fa Alessandro Lisini, pronipote omonimo del primo curatore: neppure la famiglia possiede più copie di quei volumi ⁽³⁾. Una ricerca tra le cose del nonno in certi armadi di una casa di campagna nel senese, alla quale lo sollecitai, non deve aver prodotto risultati perché non ne ho saputo più nulla, ed era così rimasta vana la mia speranza di ottenere per casa una copia del costituito.

2. *Simmetrie e divergenze (a proposito della nuova edizione finalmente arrivata).*

Del primo merito del nuovo editore abbiamo già parlato: non è cosa da poco infatti esser riuscito a promuovere e a realizzare — soprattutto con la ricca veste editoriale che abbiamo davanti e che ad arte vuol rammentare addirittura la consistenza fisica dei manoscritti, e vengono in mente certe edizioni dei primordi della stampa che si proponevano lo stesso obiettivo — quest'impresa, a cui la Fondazione

⁽²⁾ Sulla figura storica del volgarizzatore, ser Ranieri Ghezi Gangalandi, sono utili le pagine di L. NERI, *Culture et politique à Sienne au début du XIV^e siècle: le statut en langue vulgaire de 1309-1310*, in « Médiévales », 22, 1992, pp. 213-217; ed anche quelle più recenti di M. ASCHERI, *Il costituito di Siena: sintesi di una cultura giuridico-politica e fondamento del 'Buongoverno' in Il costituito del comune di Siena volgarizzato nel MCCCIX-MCCCX* cit., t. III, pp. S52-54.

⁽³⁾ Non è certo allora una mera clausola di stile — che invece spesso si trova in riedizioni antiche e moderne di legislazione statutaria (e non solo) — quanto si legge circa la rarità della prima edizione e la conseguente importanza della nuova impresa editoriale nella *Premessa* del curatore (*Il costituito del comune di Siena volgarizzato nel MCCCIX-MCCCX* cit., t. I, p. SIX) e nel saggio di ASCHERI, *Il costituito di Siena* cit., pp. S41-42.

Monte dei Paschi deve aver fornito un apporto, non soltanto finanziario, di tutto rispetto.

Bisognerà adesso vedere se di meriti ce ne siano altri, anche a costo di procedere ad un'operazione forse non proprio da gentiluomini: perché si dovranno, se del caso, mostrare le imperfezioni dell'edizione del 1903; ed il Lisini non è più qui pronto a difendersi. Però potrebbero anche venire fuori dei difetti della nuova edizione, ed allora non avremmo nessuna remora a farli presenti, anche perché il Salem è un amico, e potrebbe e saprebbe difendersi benissimo.

Anticipiamolo fin da ora: nessuna delle due edizioni esce dal confronto con le ossa rotte. Se lo scontro probabilmente è vinto ai punti dal Salem, Alessandro Lisini si difende più che bene, e, a distanza d'un secolo esatto dall'uscita del suo costituito, appare ancora oggi nel complesso come editore attento e scrupoloso.

Le due edizioni sono state messe a fronte non integralmente, ma per un campione che ci è sembrato sufficientemente rappresentativo degli stili e dei criteri seguiti dai curatori. L'indagine comparata ha infatti riguardato le prime quattrocento rubriche della prima distinzione, per un totale di 249 pagine dell'edizione Lisini corrispondenti a 303 pagine dell'edizione Salem.

E subito s'impongono due considerazioni di carattere generale che non propriamente devono essere viste come critiche nei confronti dell'editore dei primi anni del Novecento. Il Lisini infatti in primo luogo rende con *z* l'affricata alveodentale che nei manoscritti è sempre espressa dal *ç*, normalizzando così la grafia all'uso moderno; in secondo luogo si mostra talvolta incerto ed incostante nel dar conto del raddoppiamento fonosintattico. La prima scelta è molto diffusa nelle edizioni del XIX secolo e dei primi anni del XX — e non solo! —, e non deve suscitare scandalo; maggiori perplessità può suscitare il secondo atteggiamento soprattutto perché non esprime un indirizzo uniforme. L'una e l'altro tuttavia non incidono sulla corretta restituzione del manoscritto quanto ai contenuti, cioè non provocano fraintendimenti del testo. Fa benissimo comunque il Salem, con la consueta perizia filologica, ad intervenire dando di nuovo alla lingua del costituito volgare quelle caratteristiche grafiche e morfologiche che il Lisini — senza troppe colpe — aveva nascosto.

Ma l'aspetto che maggiormente colpisce della vecchia edizione riguarda — per così dire — la 'costruzione logica' del periodo attraverso l'uso dei segni interpuntivi. Come si sa, nei manoscritti l'interpunzione manca, e l'inserimento nel testo dei segni che ne scandiscono l'*iter* logico è sempre frutto di una scelta autonoma dell'editore. Alessandro Lisini molto spesso inserisce una virgola tra soggetto e predicato, o tra predicato e complemento, interrompendo appunto la consequenzialità logica della frase e suscitando qualche perplessità, e spesso

anche difficoltà di corretta interpretazione, nel lettore. L'uso non era frequente neppure un secolo fa, e soprattutto non lo era — come non lo è oggi — quando il soggetto o il predicato non fossero accompagnati « da ampliamenti più o meno corposi, una relativa, un complemento ecc. » ⁽⁴⁾ che potessero giustificare quella pausa che chi scriveva avrebbe fatto se avesse dovuto leggere ad alta voce il suo discorso. Ecco due dei molti esempi che si potrebbero trovare nelle pagine della vecchia edizione del costituito:

« Et se alcuno giamai alcuno di questi statuti o vero *constitutioni*, *attentatà* spegnere, menovare o vero mutare [...], la podestà [...] sia tenuto esso, sì come publico difenditore et favoratore de li eretici, secondo la forma soprascritta, in perpetuo publicamente infamare, et punire [...] » (p. L39,36) ⁽⁵⁾;

« Anco, statuto et ordinato è che neuna comunanza del contado et giurisditione di Siena possa o vero debia elegere o vero *fare elegere*, *alcuno* in rettore o vero signore, el quale non sia de li assidui cittadini di Siena » (p. L72,23).

Mahmoud Salem Elsheikh sovente interviene — come nel secondo passo citato — rimettendo a posto le cose e restituendoci frasi più correttamente costruite; ma forse non quella assiduità che sarebbe stata auspicabile.

Altro non direi per il momento sull'edizione in sé, anche perché le piccole imperfezioni del Lisini il Salem tutte le corregge (*incontra* e non *incontro* a p. L30,8; *avarebero* e non *avrebbero* a p. L37,13; *propia* e non *propria* a p. L40,16; *rincheresse* e non *rinchieresse* a p. L52,40, etc.); degli errori più grossi s'era già accorto il primo editore ed aveva di conseguenza provveduto nell'elenco di *errata corrigè* che correda il volume. Nel passo

« Et che tutti li cittadini di Siena [...] sieno tenuti venire et stare ne la città di Siena ne la vigilia de la detta festa [de la beata Vergine Maria del mese d'agosto], et andare col cero al vescovado di Siena con li uomini de la sua contrada. Excetti li povari et *li gravati da Dio* et d'infermità » (p. L65,24)

le parole *li gravati da Dio* sono già dal Lisini giustamente corrette in *li gravati d'odio*. E nel glossario il primo editore del costituito senese chiosa:

« *Gravato d'odio o vero infermità*. Ignoriamo il significato di questa locuzione che è ripetuta ben quattro volte nel codice. Forse sta per colpiti da

⁽⁴⁾ O. CASTELLANI POLLIDORI, *Su una peculiarità interpuntiva dell'uso contemporaneo*, in « La Crusca per voi », 25, ottobre 2002, p. 8.

⁽⁵⁾ Il numero che segue la virgola indica la riga della pagina; se non diversamente specificato, i passi citati sono tratti dal primo volume (o tomo) delle due edizioni.

avversità di fortuna o da grave malattia cronica, accidentati [...]. Dobbiamo qui avvertire che nella rub. 36 della I Distinzione leggemo per errore *gravati da Dio et d'infermità*, perché così era stato corretto da mano relativamente moderna » (p. L630 del vol. II).

Le perplessità e le incertezze del Lisini sono comunque fugate oggi dal Salem il quale finalmente nel suo glossario spiega il significato dell'espressione *gravati d'odio*: « carico d'odio e di desiderio di vendetta, dunque non sereno » (p. S167 del t. III). Ecco perché i senesi con questo stato d'animo era bene che non partecipassero alle celebrazioni dell'Assunta, che come si sa ancora oggi sono spesso causa d'una qualche inquietudine.

Basta dunque sulle edizioni; anche se qualche altra notarella potrebbe essere fatta, in particolare su certe scelte editoriali dell'amico Salem — almeno per me — non sempre del tutto condivisibili ⁽⁶⁾.

Qualche parola mi pare invece adesso più opportuno spendere sul lessico del costituito, la cui ricchezza spesso ha tratto in inganno anche i filologi ed i lessicografi più agguerriti.

Movimento, capitolare, giudizio, comprare a sosta, legere, cavalcata, mendo, imposta, rimanere, autore: sono solo dieci tra parole e locuzioni scelte a caso e solo a titolo d'esempio scorrendo con gli occhi le pagine

⁽⁶⁾ Sarà sufficiente un rapido accenno all'uso poco attento della congiunzione *avengaché*. L'illustre contemporaneo di ser Ranieri Ghezzi Gangalandi, il fiorentino Dante, che doveva scrivere comunque *avvegna che* (cioè con le componenti staccate), l'utilizza o con valore concessivo: « Avvegna che la subitana fuga dispergesse color per la campagna [...] i' mi ristrinsi a la fida compagna » (*Purgatorio*, III, 1); oppure con valore causale: « Dunque a femina farla si è sempiezza; avvegna che ciascun'è sì afetata che volontier di lei fanno stranezza » (*Fiore*, CLVII, 12). Il primo passo del costituito (edizione Salem) nel quale la congiunzione compare è uno di quelli importanti, soprattutto per il luogo in cui è collocato: l'inizio della prima distinzione. E subito ci si rende conto che qualcosa non fila come dovrebbe perché in esso alla parolina in questione non può essere attribuito né l'uno, né l'altro dei due significati per i quali, da Brunetto Latini e Dante in poi, è ricordata nei dizionari: « Statuimo et ordiniamo, che se *avengaché* la chiesa maggiore vachi per morte di missere lo vescovo, ciò che a me de' beni d'esso vescovado el Capitolo d'esso imponerà, che di ragione fare si possa, et io sia tenuto fare, ad executione mandarò per esse cose del vescovado conservare et mantenere » (p. S27,10). In realtà in questo caso non siamo di fronte ad una congiunzione, come mostra di ritenere il Salem scrivendo *avengaché*, ma ad *avenga*, forma flessa del verbo *avenire*, ed alla congiunzione dichiarativa *che*, la quale introduce la proposizione soggettiva: « la chiesa maggiore vachi per la morte di missere lo vescovo ». Qui le due componenti, che — talvolta graficamente unite, talvolta no: come in Dante — possono formare la congiunzione concessiva o causale, hanno conservato la loro piena indipendenza ed esprimono significati propri formando una proposizione autonoma che costituisce la protasi del periodo ipotetico. La possibilità di fraintendimento e l'errore sarebbero stati evitati se in questo, come in altri nove luoghi della nuova edizione, il curatore avesse seguito la strada del Lisini che ha trascritto, prudentemente, *avenga che* (p. L48,16), non correndo così il rischio di cadere in questo peccatuccio veniale.

del costituito, ma ognuna di esse è di un qualche rilievo nella storia della lingua giuridica.

Così *movimento* assume il significato di 'valore, efficacia' che non pare essere altrove attestato, né in precedenza, né in fonti successive: « Se sarà notaio, le carte fatte per lui appostutto sieno di neuno *movimento* » (p. L37,29; S13,2) si legge nelle costituzioni contro gli eretici all'inizio del costituito (7). Non è difficile immaginare la parole latine che Ser Ranieri leggeva nell'antigrafo (*nullius momenti*), ma colpisce la scelta del termine volgare: non il vocabolo che diventerà poi usuale proprio in quell'espressione, *momento*, ma un *movimento* che, con questo valore rimane solo nelle carte del manoscritto senese e che pertanto avrebbe ben meritato una speciale menzione nel glossario. Ma né ieri il Lisini, né oggi il Salem si sono avvisti della particolarità (8).

Ancora, il podestà di Siena era obbligato ad applicare le norme contro gli eretici sancite a Padova da Federigo II « et li tenori d'esse fare scrivere ne li sui *capitolari* » (p. L38,27; S14,5), cioè nei suoi provvedimenti normativi; ed il vocabolo, fuor di Venezia, non è per nulla diffuso con questo significato generale: se ne registra un'occorrenza nello statuto perugino del 1342 ed una nelle *Costituzioni Egidiane* del

(7) Poco sotto altre due occorrenze analoghe: « Li testamenti di coloro, e' quali eretici morranno, volemo che sieno di neuno *movimento* » (p. L37,33; S13,6); « Se notaio, le sue carte fatte per sua mano al postutto non sieno d'alcuno *movimento* » (p. L47,35; S24,29).

(8) *Movimento* è la parola volgare che normalmente traduce il latino *momentum*: ser Ranieri dal suo punto di vista ha fatto una scelta per il tempo ovvia, che probabilmente può servire a spiegare la esclusione dal glossario da parte dei curatori. Del resto nelle fonti letterarie *momento* con il significato di 'importanza', 'valore', 'efficacia', s'incontra solo a partire dal XV secolo. Ma la legislazione statutaria trecentesca gioca spesso d'anticipo e atti di *nessun momento* si sanzionano già nel Trecento a Pisa (1321), a Perugia (1342), nelle *Costituzioni Egidiane* (1357): « Et che tucte queste cose, et ciascuna di queste cose, comprese in questo Breve presente, e in dei suoi capituli, et dicente dei dicti fondachari, et a le quale et per le quale li dicti lanaiuoli u alcuno di loro siano tenuti, incontentente et precisamente, in ciò ch' è contra li lanaiuoli u alcuno di loro, e' siano cassi et vani et irriti, et casso et vano, et di nessuno valore et *momento* » (*Breve dei consoli della Corte dell'Ordine de' Mercatanti dell'anno MCCCXXI, in Statuti inediti della città di Pisa dal XII al XIV secolo*, a cura di F. BONAINI, Firenze, Vieuuseux, vol. III, 1857, p. 306); « la confessione ovvero stromento de quegnunche conditione fosse dal di de la restitutione ovvero asegnatione oltra de niuno valore ovvero *momento* sia » (*Statuto del Comune e del Popolo di Perugia del 1342 in volgare*, a cura di M. S. ELSHEIKH, Perugia, Deputazione di Storia patria per l'Umbria, 2000, t. I, p. 218); « Addendo chi processi chi se fesseno e le sentencie chi se desseno per cusì facte persone on sianni facti da qui indietro e ciaschune altre chi se fesseno, al più tuto non siano d'alcuno *momento*, come facti per judici incompetenti » (*Le Costituzioni Egidiane del 1357*, in P. COLLIVA, *Il Cardinale Alborno, lo Stato della Chiesa, le "Constitutiones Aegidianae" (1353-1357) con in appendice il testo volgare delle Costituzioni di Fano dal ms. Vat. Lat. 3939*, Bologna, Publicationes del Real Colegio de España, 1977, p. 583). Siena con il suo costituito rimane questa volta attardata.

1357 ⁽⁹⁾ per cui, anche in questo caso, non sarebbe forse stato male registrare l'accezione nel glossario.

Come invece avviene per la locuzione *comprare il grano a sosta*:

« Et per questo capitolo non si deroghi, o vero derogare si possa in alcuno modo a li contratti fatti da chinci indietro intra coloro e' quali compraro el grano, o vero biado, a *sosta* » (p. L117,12; S111,6).

Convince — per il tenore generale della rubrica — ed è apprezzabile la proposta fatta sia dal Lisini che dal Salem sul significato da darsi all'espressione, cioè 'comprare del grano non ancora colto'; tanto più perché consente di evitare ogni confusione con quell'uso senese per il quale *sosta* poteva valere 'carico, peso di un debito' ⁽¹⁰⁾.

Un altro uso particolare ⁽¹¹⁾ che non s'incontra di frequente nei testi volgari del primi secoli, e neppure negli statuti, riguarda il verbo *leggere* ⁽¹²⁾. Come si sa, il podestà che andava a reggimento nei comuni e che sovrintendeva tra l'altro all'amministrazione della giustizia, poteva non esser uomo di diritto, cioè fornito di una specifica competenza tecnica in materia giuridica. A Siena il problema veniva risolto, tra l'altro, affiancando al podestà *due giudici savi di ragione*, cioè esperti di diritto, che integrassero il suo sapere tecnico:

« Et che la podestà di Siena, el quale per lo tempo sarà, sia tenuto et debia per lo salario de la podestaria, el quale s'ordinarà, menare seco, al regimento de la città di Siena, sette buoni et leali giudici savi di ragione; e' quali sette giudici per missere la podestà sieno posti et ordinati a li officii in questo modo, cioè: che due di loro stieno et stare debiano con missere la podestà et *legere* allui li statuti, et essere presenti a' conselli de la Campana del comune di Siena, a volontà d'esso missere la podestà » (p. L138,33; S137,25).

Il *legere allui li statuti* di questo capitolo del costituito non è un 'leggere' *tout court*, è uno 'spiegare il contenuto giuridico' dello statuto perché il podestà possa consapevolmente e correttamente svolgere il suo compito. Questo *legere* è lo stesso *legere* che faceva il docente nelle aule dello studio quando spiegava alla *iuventus cupida legum* un qualche passo del codice o del digesto ⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ Come bene risulta dalla recentissima voce *capitolare* del *Tesoro della Lingua Italiana delle Origini* (TLIO) consultabile in linea all'indirizzo <http://tlio.ovi.cnr.it/TLIO>.

⁽¹⁰⁾ P. FANFANI, *Vocabolario dell'uso toscano*, Firenze, Barbèra, 1863, s. v. *sosta*: « Abbondanza o simile. 'Egli ha una gran sosta di debito'. È di uso appresso i Senesi per significare che uno è oppresso dai debiti » (citato da S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, Torino, Utet, vol. XIX, 1998, s. v.).

⁽¹¹⁾ Questa volta non segnalato nel glossario né dal Lisini, né dal Salem.

⁽¹²⁾ Con valore vicino a quello del costituito è presente in Dante: « Sigieri (...) *leggendo* nel Vico de li Strami, silogizzò invidiosi veri » (*Paradiso*, X, 137).

⁽¹³⁾ Torna alla mente il celebre brano del glossatore Odofredo che, descrivendo

Infine, per rimanere al linguaggio strettamente tecnico del diritto, è proprio nel Gangalandi che si trova usato per la prima volta in volgare il vocabolo *autore* con l'accezione di 'colui che trasferisce un diritto, dante causa':

« [...] non sia costretto cotale possessore alcuna cosa pagare per nome di datio, se *l'autore* suo o vero colui dal quale la ragione avesse, fusse da pagare » (p. L247,11; S268,2).

Qui *autore* non è 'chi è origine o causa di qualcosa, creatore, facitore, esecutore', ma — come s'impara fin dai primi giorni del corso di diritto privato — 'colui che ha posto in essere un negozio giuridico che ha avuto come effetto il trasferimento di un qualche diritto ad un successore' (14). E si tratta di un valore talmente normale per chi ha una qualche dimestichezza con il mondo del diritto, che né il Lisini, né il Salem hanno sentito la necessità di farlo in qualche modo risultare nei loro rispettivi glossari.

In ogni caso, se questo si verifica, se cioè talvolta — come abbiamo visto — questi significati e questi usi particolari non compaiono nei glossari che corredano le due edizioni (15) — la vecchia e la nuova —,

le origini dell'università di Bologna, fa un brevissimo accenno ad un oscuro Pepo o Pepone, che per primo si dedicò all'insegnamento del diritto, anche se mai raggiunse la fama e il prestigio di Irnerio; l'accento del passo tutto si concentra sulla parola *legere*: « Quidam dominus Pepo cepit auctoritate sua *legere* in legibus, tamen quicquid fuerit de scientia sua nullius nominis fuit » (ad legem *ius civile*, ff. *De iustitia et iure* [Dig., 1, 1, 6]: *Domini Odofredi in iure absolutissimi matura, diligentissimeque repetita interpretatio, in undecim primos Pandectarum libros*, Lugduni, excudebant Petrus Compater, & Blasius Guido, 1550, c. 7r [rist. anast., Bologna, Forni, 1967]).

(14) Come anche si legge nella voce *autore*, par. 3, del *TLIO*.

(15) Oltre a quelli citati, qualche altro esempio si potrebbe aggiungere. *Giudizio* compare nel costituito anche con il significato di 'disposizione testamentaria, lascito': « [...] sia licito al rettore [...] acquistare et avere quello *giudizio* o vero lasso, non ostante la fedecommissaria » (L61,33; S43,31); un uso non del tutto sconosciuto nel linguaggio giuridico dugentesco e trecentesco, ma che forse avrebbe meritato ugualmente la segnalazione che sfugge ai due curatori. *Cavalcata* (« Et se avvenisse che la podestà andasse ne l'oste, o vero *cavalcata*, o vero ad altre parti »: L152,22; S154,10) non è un semplice 'viaggio a cavallo', come spiega il Salem (alla voce del glossario), ma una 'scorreria di cavalieri armati' (*TLIO*, s. v.); e l'accezione era stata correttamente individuata dal Lisini. *Mendo* significa 'risarcimento, indennità' (« Et giuri la podestà non adimandare [...] alcuno *mendo* o vero ristoramento, o vero perfacimento, in pecunia o vero altra cosa, d'alcuni beni et cose »: L159,31; S162,26), non 'menda, ammenda' come propone il Salem (alla voce del glossario); anche questa volta la ricchezza lessicale del costituito non aveva ingannato l'editore d'un secolo fa che nel suo glossario chiosava: 'rifacimento di danni'. Analogamente, *imposta* assume anche il valore di 'proposta presentata per la discussione nel consiglio' (« De la pena di chi arengasse nel consello, di fuore da l'*imposta* »: L199,19; S210,20), come bene scriveva il Lisini, e non soltanto quelli di 'tassa' o 'comando'. Infine né il Lisini, né il Salem registrano per *rimanere* l'accezione di 'cessare, in particolare da una carica': « Et se contra le predette cose o vero alcuna d'esse, la podestà o vero altro per lui facesse, da inde inanzi non sia avuto per

non si attribuisca troppa colpa ai curatori, né essi se ne facciano eccessivo cruccio: il materiale offerto dal *Gangalandi* è veramente 'magmatico' e se viene afferrato da una parte, è pronto a sfuggire dall'altra: sicché sarebbe davvero opera difficilissima per un qualunque curatore riuscire a tutto comprendere, tutto vedere, tutto spiegare.

Ma è proprio questa incredibile ricchezza del costituito volgare che rende ancor più importante e meritoria l'opera di Mahmoud Salem Elsheikh il quale, rendendo nuovamente disponibile il testo alla generalità degli studiosi, *ipso facto* offre l'occasione per una nuova serie di ricerche sulla lingua senese del Trecento e sui suoi contributi alla storia della lingua giuridica — e non solo giuridica — italiana. C'è solo da sperare che l'occasione sia colta.

3. *Simmetrie e divergenze (a proposito di due città, di due notai, di due volgarizzamenti). Con una domanda 'provocatoria'*.

Vorrei chiudere però non con questi auspici, ma con una domanda, forse — ma volutamente — dal sapore provocatorio.

Tra i simboli della civiltà senese del primo Trecento accanto al Palazzo Pubblico, accanto alla *Maestà* di Duccio, va sicuramente collocato anche il costituito volgare ⁽¹⁶⁾. Ma forse è un simbolo che non vive, come i primi due, di luce propria. Non è, per quanto tradotto in volgare, immediatamente comprensibile; per risplendere ha bisogno della luce riflessa di un giurista che lo *legga*, proprio allo stesso modo in cui il costituito all'occorrenza doveva essere *letto* al podestà. È forse anche questo il motivo per il quale nelle cronache del tempo non se ne parla ⁽¹⁷⁾. Lo stato del manoscritto, come risulta dalle descrizioni che ne sono state fatte dal Lisini e dal Bartoli Langeli (ma anche dalle belle foto che occhieggiano dall'edizione del Salem), non pare testimoniare un uso ed una consultazione frequenti, tanto più che nel Trecento probabilmente ci si permise — come ci racconta proprio Bartoli Langeli ⁽¹⁸⁾ —

podestà o vero rettore; et *rimanga* d'essere podestà o vero rettore, per essa ragione » (L169,4; S173,26); il valore meriterebbe d'esser ricordato per il solo fatto che è l'esatto contrario di quell'unico significato che il Rezasco attribuisce a *rimanere* nel suo dizionario: « Esser vinto, detto delle elezioni degli Officiali, cioè Rimanere eletto: modo veneziano » (G. REZASCO, *Dizionario del linguaggio storico ed amministrativo*, Firenze, Le Monnier, 1881, s. v.); dalla qual cosa si potrebbe ricavare che nell'ambito della lingua giuridica *rimanere* è una sorta di *vox media*. Come si dice nel testo, sono tutte cose di poco conto. O forse: son pedanterie del recensore!

⁽¹⁶⁾ Cfr. NERI, *Culture et politique à Sienne* cit., p. 219; ASCHERI, *Il costituito di Siena* cit., pp. S28 ss.

⁽¹⁷⁾ Lo scrive ASCHERI, *Il costituito di Siena* cit., p. S29: « il cronista 'maggior' per la storia di quegli anni, Agnolo di Tura, ad esempio, non ricorda affatto la volgarizzazione del costituito ».

⁽¹⁸⁾ A. BARTOLI LANGELI, *I manoscritti del costituito in Il costituito del comune di Siena volgarizzato nel MCCCIX-MCCCX* cit., t. III, pp. S4 e S17. Meno probabile, a mio

di non fornire il manoscritto di coperta, o comunque di non sostituirla tempestivamente. L'impressione è dunque quella che se il volgarizzamento del 1309-1310 fu sicuramente espressione di un preciso programma politico di altissimo valore ideologico, minore dovette esserne il rilievo pratico per i cittadini. Ecco allora la domanda provocatoria: quanto i senesi del XIV secolo utilizzarono davvero il costituito volgare per la conoscenza dei propri diritti e doveri e per la soluzione delle controversie che li riguardavano?

La domanda può essere posta negli stessi termini per Firenze, a condizione di spostarsi avanti di circa cinquant'anni.

Molte sono le analogie con la vicenda senese. Anche a Firenze abbiamo un notaio, ser Andrea di Lancia ⁽¹⁹⁾ che ha svolto nel trentennio precedente importanti incarichi pubblici, e che è anche un fine letterato. Anche a Firenze questo notaio viene incaricato di volgarizzare gli statuti del podestà e del capitano nella redazione fatta nel 1355 da ser Tommaso di ser Puccio da Gubbio. Anche Andrea di Lancia oltre a volgarizzare — e probabilmente a presiedere una commissione per il volgarizzamento — scrive personalmente il manoscritto dello statuto ⁽²⁰⁾; e — questa volta diversamente da Siena e da ser Ranieri — finito il lavoro con provvisione del 12 settembre 1356 ⁽²¹⁾ viene di nuovo incaricato di volgarizzare anche le provvisioni successive alla riforma statutaria che avessero valore di statuto. Anche a Firenze mancano gli antigrafici, le copie ufficiali delle compilazioni del 1355 che servirono alla volgarizzazione, e i codici latini superstiti sono copie, di poco successive al 1355, in uso ad uffici e a giudicanti minori, come testimoniano frequentissime tracce d'uso ⁽²²⁾.

avviso, è che la coperta, in origine realizzata, si sia rovinata « in breve tempo, data la mole e l'uso frequente », come in alternativa ipotizza Bartoli Langeli (ivi, p. S17): perché infatti, se davvero l'uso era frequente, « è rovinata e sbiadita » (ivi, p. S16) solo la pagina incipitaria del costituito, cioè proprio quella che avrebbe dovuto essere protetta dalla coperta, mentre le altre non sembrano mostrare tracce di consultazione?

⁽¹⁹⁾ Su Andrea di Lancia si vedano *Ordinamenti, provvisioni e riformazioni del comune di Firenze volgarizzati da Andrea Lancia (1355-1357)*, a cura di L. Azzetta, Venezia, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, 2001, pp. 9-49; S. BELLOMO, *Dizionario dei commentatori danteschi. L'esegesi della Commedia da Iacopo Alighieri a Nidobeato*, Firenze, Olschki, 2004, pp. 304-313; M. CERRONI, *Andrea Lancia*, in « Dizionario biografico degli Italiani », 63, 2004, pp. 317-320.

⁽²⁰⁾ Non però il volgarizzamento dello statuto del capitano, solo quello dello statuto del podestà: F. BAMBI, "Ser Andreas Lance, notarius, de ipsis in magna parte vulgariçavit": il prologo e sei rubriche dello statuto del podestà di Firenze del 1355 tradotto in volgare da Andrea Lancia, in « Bollettino dell'Opera del vocabolario italiano », IV, 1999, pp. 351-352.

⁽²¹⁾ La provvisione è stata pubblicata da D. MARZI, *La cancelleria della repubblica fiorentina*, Rocca San Casciano, Cappelli, 1910, pp. 571-572; e poi ancora da AZZETTA, *Ordinamenti, provvisioni e riformazioni del comune di Firenze* cit., pp. 45-46.

⁽²²⁾ BAMBI, "Ser Andreas Lance, notarius, de ipsis in magna parte vulgariçavit" cit., p. 354. Si posseggono invece gli originali latini delle provvisioni volgarizzate dal Lancia successivamente al 1356.

E invece prove di una significativa consultazione non sembrano ravvisarsi nei testimoni dei volgarizzamenti ⁽²³⁾, anzi quello che contiene le provvisori volgari successive al 1355 di solito è mostrato e fotografato come esempio tipico di manoscritto trecentesco intonso e ben conservato ⁽²⁴⁾.

Anche qui allora la domanda provocatoria e forse un po' irriverente nasce spontanea: ma questi volgarizzamenti servivano davvero agli scopi per il quale erano stati fatti e che a Firenze sono detti quasi con le stesse parole che si leggono nella rubrica 134 della prima distinzione del costituito senese? oppure, al di là dell'indubbio valore politico e simbolico dell'opera di traduzione in volgare « ad hoc ut ipsi artifices et layci possint per se ipsos legere et intelligere ipsa statuta et ordinamenta » ⁽²⁵⁾, in concreto quando si doveva andare a conoscere e a utilizzare in giudizio lo statuto si continuava ad avvalersi dei manoscritti latini, magari con l'intermediazione di un tecnico del diritto?

Lo stato di fatto dei testimoni — a Siena, come a Firenze — parrebbe spingere verso questa seconda soluzione.

⁽²³⁾ Come conferma l'amico Giuseppe Biscione, che gentilmente mi ha fatto leggere alcune pagine del dattiloscritto del suo studio, di prossima pubblicazione, sul fondo dell'Archivio di Stato di Firenze che conserva gli statuti del comune: nei manoscritti dei volgarizzamenti della compilazione del 1355, non solo non sono presenti quelle note marginali, rimandi *etc.* che caratterizzano i testi usati dai giuristi, ma neppure quei segni di usura e di consunzione che derivano da un semplice, ma costante e frequente voltar di pagina.

⁽²⁴⁾ È descritto e pubblicato in *Ordinamenti, provvisori e riformazioni del comune di Firenze* cit., pp. 50-58 e 127-252.

⁽²⁵⁾ Provvisore del 12 settembre 1356 in *Ordinamenti, provvisori e riformazioni del comune di Firenze* cit., p. 45.

GIROLAMO IMBRUGLIA

VERRI, FILANGIERI, VICO: TRE EDIZIONI RECENTI

In una lettera al von Harrach, probabilmente del 1731, Vico affermò che la propria *Scienza Nuova* aveva un importante « corollario », costituito da « un *Sistema del Diritto natural delle genti*, diverso dagli altri tre che ne hanno meditato *Ugone Grozio*, *Giovanni Seldeno* e *Samuello Pufendorf*; per gli quali tre Autori l'Olanda, l'Inghilterra, la Germania Protestante insultavano alla Francia, quando ella più sfolgorava di dotti Huomini, che ella non aveva uno, che fusse il quarto Principe di tal Dottrina » ⁽¹⁾. Osservazione coerente con la visione vichiana della cultura, per la quale quella era mancanza singolare, dal momento che le teorie del giusnaturalismo moderno davano conto della nuova storia e della nuova società e dunque era da attendersi che anche la Francia dovesse produrre una teoria all'altezza di questa novità. Ma osservazione che sembra anche quasi essere una profezia. Il « Principe » francese di questa dottrina sarebbe infatti apparso, ma Vico non poté leggere l'opera sua. Si pensi ai lavori di Salvatore Rotta sul primo Settecento francese, nei quali si coglie il fermento e il travaglio di quella cultura, che poi trovò risoluzione in Montesquieu. Apparso appena quattro anni dopo l'ultima edizione della *Scienza Nuova*, lo *Spirito delle Leggi* mutò profondamente il dibattito europeo, indirizzandolo su strade che si rivelarono straordinariamente feconde nella analisi storica e sociale della contemporaneità, nella riflessione antropologica, nella teoria politica. Anche in Italia si sentì tale influenza. Ma nelle opere di Verri e di Filangieri recentemente ripubblicate, di cui qui si vuole parlare, le quali testimoniano proprio l'importanza di questo vertice della cultura europea, insieme a Montesquieu è presente anche l'eco, ora corposa, ora debole, di Vico. Sicché non sarà fuor di luogo richiamare pure la recente edizione critica della *Scienza Nuova* del 1730.

Nel piano generale dell'*Edizione Nazionale delle Opere di Pietro Verri*, il volume ora apparso, I « *Discorsi* » e *altri scritti degli anni Set-*

⁽¹⁾ G. VICO, *Epistole. Con aggiunte le epistole dei suoi corrispondenti*, a cura di M. Sanna, *Opere*, t. XI, Napoli, Morano, 1993, p. 164.

tanta ⁽²⁾, secondo in ordine cronologico ⁽³⁾ ma terzo della prima serie, presenta un tratto caratteristico. Tutti gli altri volumi progettati si collegano ad un lato della multiforme attività di Verri: gli scritti del letterato, del filosofo, dell'economista, dello storico, del politico; ovvero quelli autobiografici. Al contrario, in questo tomo campeggia un'opera, *I Discorsi*, appunto, giacché gli altri scritti degli anni Settanta sono alcuni *Scritti sul balletto*, interessanti e ben commentati, e altre opere minori ⁽⁴⁾, mentre le grandi opere che ci si potrebbe aspettare, *Il libro di Teresa Verri* (1774-1784), e le *Memorie sincere del modo col quale servii nel militare e dei miei primi progressi nel servizio politico* (1770-1779) sono confluite nel volume di scritti autobiografici. Tuttavia, proprio nella ricostruzione della genesi dei *Discorsi*, attraverso il conflitto fondamentale della sua vita e la sua risoluzione che così viene in luce, si coglie l'identità profonda di Verri. Nessuna delle tre opere che composero i *Discorsi* ⁽⁵⁾ può dirsi inedita, ma, in certa misura, nelle rinnovate versioni dei tre *Discorsi* si sente una nota nuova, non tanto nelle soluzioni, che sono ancora quelle del decennio del « Caffè », ma nella percezione dei problemi. Il *Discorso sull'indole del piacere e del dolore* era stato preparato dalle *Idee sull'indole del piacere*, pubblicato nel 1773; il *Discorso sulla Economia politica* dalle *Meditazioni sulla economia politica*, apparse nel 1771, e infine il *Discorso sulla felicità* dalle *Meditazioni sulla felicità*, del 1763. Vi fu certo un elemento occasionale che spinse Verri a accettare la proposta dell'editore Carmignani di Parma, e poi a realizzarla per altra strada a Milano; ma vi fu anche una più profonda motivazione. Un episodio può illustrare questo aspetto. Verri pubblicò nel 1764 il *Bilancio del commercio dello Stato di Milano*. Pur se ne circolarono appena cinquanta esemplari, la radicalità della sua provocazione non sfuggì. Aveva, da consapevole illuminista, violato le leggi degli *arcana imperii*. Nella *Lettera riservata* al fratello Alessandro e nelle *Memorie sincere* Verri rammentò con vivezza l'ira del Kaunitz. Per stare nell'amministrazione occorreva rispettare regole e usi. Verri aveva allora fortissima l'ambizione di primeggiare nella vita politica e sapeva che la sua indiscussa competenza economica gli era di grande giovamento. Quando nel 1771 e poi nel 1772 volle perciò pubblicare il *Discorso sulla Economia politica*, si guardò bene dal mettervi il proprio

⁽²⁾ P. VERRI, *I « Discorsi » e altri scritti degli anni Settanta*, a cura di G. Panizza, con la collaborazione di S. Contarini, G. Francioni e S. Rosini, *Edizione Nazionale delle Opere di Pietro Verri*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2004.

⁽³⁾ Il primo ad apparire è stato P. VERRI, *Scritti di argomento familiare e autobiografico*, a cura di G. Barbarisi, *Edizione Nazionale delle Opere di Pietro Verri*, vol. V, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2003.

⁽⁴⁾ *Il Discorso per la prima adunanza della Società patriottica*, del 1778, *l'Elogio del Maresciallo conte Giovanni Serbelloni*, del 1778, e *In morte di Domenico Balestrieri*, del 1780.

⁽⁵⁾ P. VERRI, *I Discorsi sull'indole del Piacere e del Dolore; sulla Felicità, e sulla Economia Politica*, Milano, Marelli, 1781.

nome. Ma nel decennio '70 tutto cambiò. Dopo un'amara altalena di speranze e delusioni, nel '78 Verri aveva ormai accettato di avere perso nella vita politica. Se ne ritirò per ragioni e in modi che Carlo Capra ha ammirevolmente ricostruito nella sua biografia verriana ⁽⁶⁾. Sin dalla giovinezza, tuttavia, era stata vivissima in lui un'altra ambizione, quella di essere letterato, ossia di essere un intellettuale libero e autonomo. La decisione di pubblicare i *Discorsi*, che uscirono appunto con il suo nome, è il segno che si era aperta questa seconda strada.

Era, certamente, cambiato il mondo intorno a lui. Ma era cambiato pure lui stesso. Con molta finezza e padronanza delle fonti, Giorgio Panizza ha ricostruito questa vicenda mostrando quanto forti fossero allora in Verri l'emulazione e la competizione con Beccaria. Verri sentì la volontà di essere quel che era stato il Beccaria del *Dei delitti e delle pene*, un *philosophe*. Se ne resero conto gli editori dell'edizione italiana dei *Discorsi* che vide la luce a Parigi nel 1784, la quale serbò per intero il testo che aveva pubblicato il Marelli a Milano, ma ne mutò il titolo in *Opere filosofiche*. L'identità di Verri che quindi scaturisce da questo volume è quella del *philosophe*, di un *philosophe* italiano. Se si confronta questa posizione di Verri con l'articolo *Philosophe* dell'*Encyclopédie* — rielaborazione diderotiana di un noto testo del 1743, opera probabile di Dumarsais — si scorge quanto cammino avessero fatto i lumi. In Dumarsais l'intellettuale viveva immerso nella « société civile », ma la sua autonomia intellettuale non si era ancora fatta sapere di nuova scienza e nuovo ethos. Nella grande esperienza dell'*Encyclopédie* la figura del *philosophe* prende contorni più netti: la riflessione sulla scienza e la tecnica li riconosce come fattori costitutivi del mondo umano; la riflessione sulle passioni umane slarga la loro area fino a comprendervi l'entusiasmo come loro energia. Questa attenzione per l'individuo, per le sue passioni, per il legame tra la ragione e le passioni fu forte anche in Verri. È vero che nel 1778 scriveva al fratello Alessandro di avere « dell'umore con gli Enciclopedisti; il loro fanatismo li persuadeva che l'Europa dovesse diventare saggia al rimbombo della loro voce » ⁽⁷⁾. Come benissimo scrive Panizza, mai Verri mise però in dubbio il valore analitico della ragione; dubbi poteva avere adesso sulla presunta facilità con cui gli interessi individuali si potessero armonizzare con quelli generali. Era problema pure politico, non soltanto antropologico; o meglio, era il problema della sutura di questi aspetti. Per altri versi, Verri infatti continuava ad aver fiducia nel fatto che l'entusiasmo fosse forza necessaria. Il potere politico aveva bisogno del pubblico consenso, « bisogno inquieto e doloroso per sé stesso », e di conseguenza valutava « deliziose tutte le prove di benevolenza, di

⁽⁶⁾ C. CAPRA, *I progressi della ragione. Vita di Pietro Verri*, Bologna, Il Mulino, 2002.

⁽⁷⁾ Lettera del 29 agosto 1778, in *Carteggio di Pietro e Alessandro Verri*, t. X, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 66.

entusiasmo che va ricevendo dai pubblici applausi. Ogni giorno più vede egli assicurarsi in favor suo quella pubblica opinione che dirige la forza ». « Gradatamente » le forze di ciascun cittadino cospiravano con quelle del potere, che « si mira già alla testa di un'armata invincibile di entusiasti » (8). E la sottolineatura del valore positivo dell'entusiasmo concerneva anche la vita dell'individuo, poiché sapeva produrre cultura e valori soltanto chi avesse « l'anima capace d'entusiasmo » (9). In questa riflessione sull'entusiasmo entrò pure la polemica con Beccaria che a lungo, come si sa, tormentò Verri; ma quest'interesse per l'entusiasmo aveva anche una radice d'ordine antropologico, sperimentale. Silvia Contarini ha mostrato con rigore e originalità, nell'*Introduzione al Discorso sul Piacere e il Dolore*, quanta attenzione Verri avesse portato al dibattito sulla natura dell'uomo. L'attenzione e la curiosità per la medicina risalivano in lui al « Caffè ». Ma adesso i dibattiti tra Buffon, Haller, Spallanzani paiono di nuovo colpirlo. Il problema della sensibilità aveva fatto irruzione nel discorso antropologico e la rappresentazione dell'individuo non poteva più poggiare sul meccanicismo che lo riduceva a null'altro che a un vettore determinato dalle condizioni di contorno. Verri seguì queste discussioni, ma la sua posizione continuava ad essere quella di sempre. Nel 1778 ribadiva al fratello di muoversi sempre tra Helvétius e Montesquieu. Con in più, aggiungeremmo noi, confortati dai dotti commentari del volume, la perfetta conoscenza della disputa tra Helvétius e Rousseau. Era questo il triangolo *philosophique* in cui Verri si era formato e da questa prospettiva anch'egli visse il profondo turbamento che attraversò la cultura illuministica degli ultimi decenni del secolo.

Ancora più chiaramente si scorge questa dinamica nel *Discorso sulla Felicità*, perché si riconnette alle *Meditazioni* di quindici anni anteriori. Gianni Francioni con grande perizia filologica e filosofica ha ricostruito la metamorfosi dell'un testo nell'altro, inseguendo, quasi un'invenzione musicale, il rincorrersi dei temi lungo gli anni e le opere. Parve a Verri aver raggiunto un punto saldo nella definizione del bisogno come nozione risolutiva della dialettica desiderio/dolore. Negli stessi anni, a Napoli, Francescantonio Grimaldi affrontava i medesimi problemi nelle *Riflessioni sopra la ineguaglianza tra gli uomini*, dando loro una soluzione dalla curvatura nettamente conservatrice. Al contrario, Verri temperò il proprio giovanile utilitarismo, ma senza rinunciarvi. Vide con chiarezza che al centro del dibattito sull'individuo stava una nuova idea di natura, ma con consapevole distacco non volle cimentarcisi: era quello il « principio motore dell'universo », « di cui vediamo alcuni effetti, conosciamo l'esistenza, ammiriamo le leggi, e

(8) VERRI, *Discorso sull'indole del piacere e del dolore*, in *I Discorsi e altri scritti*, cit., pp. 81-2.

(9) Ivi, p. 108.

con un vago e non mai definito vocabolo chiamiamo *natura* »⁽¹⁰⁾. Aveva appreso da Helvétius a ritenere la natura un *caput mortuum*, un dato irrilevante e per conseguenza a riservare alla 'cultura' tutto il peso del movimento storico. A quella lezione rimase fedele. Un esempio. Nel *Discorso sulla Felicità*, Verri discute del contrasto possibile tra i codici dell'onore (o della natura individuale), della religione (o dell'ideologia) e delle leggi. Era questa un'idea che aveva largamente circolato nella cultura dei lumi. Diderot, ad esempio, l'aveva sviluppata contrapponendo i codici della natura, della religione e della civiltà nella *Histoire philosophique et politique des deux Indes* e di conseguenza Verri la dovette sicuramente leggere⁽¹¹⁾. Ma a partire da questa contrapposizione, Diderot lungo tutta la *Histoire* elevò a paradigma il codice della natura, quello dei coevi tahitiani ovvero dei remoti selvaggi: comunque il conflitto nelle forme della civilizzazione era inevitabile, e nel conflitto sola via della rigenerazione poteva venire dalla natura, non dalla cultura. Verri intuì la pericolosità della critica primitivistica ed evitò, come si è visto, di affrontare la definizione di cosa fosse natura. In tal modo anche il pericolo stesso del conflitto era fortemente smussato. Se si evitava di polarizzare la vita sociale nell'*aut-aut* di utopia o dispotismo distruttore, ossia in una polarità poco o punto realistica, restava la realtà sociale e politica nella quale libertà e proprietà potevano essere garantite e nelle quali potevano « sciogliersi i difficili problemi delle legislazioni che si contraddicono »: dove, cioè, le leggi della libertà, ossia dell'obbedienza alle leggi civili, e dell'onore potevano trovare un comune cammino verso la felicità unita alla virtù⁽¹²⁾. In quel conflitto si doveva dunque sentire la voce della coscienza, la quale è « il sentimento della conformità delle azioni nostre colla giustizia, e la giustizia comprende la fedele obbedienza alle leggi »⁽¹³⁾. Verri nel « Caffè » aveva cercato, come e insieme al fratello Alessandro, la sua strada in una visione positiva dei rapporti sociali e del diritto⁽¹⁴⁾. Adesso quella prospettiva si caricava di altre suggestioni, tra le quali è ben probabile qui il ricordo di Ferguson; e forse da queste nuove letture venne anche la conferma del principio di tenersi lontani, per così dire, da una sorta di 'primitivismo' o rousseauismo metodologico e storiografico. In tal modo era condotto a definire immaginario il « patto sociale », dal momento che gli pareva vana qualsiasi indagine nella « remota infanzia delle società ». Indagine,

(10) Ivi, p. 423, *Discorso della Economia Politica*.

(11) Cfr. D. DIDEROT, *Histoire philosophique et politique des Établissements et du Commerce des Européens dans les deux Indes*, I, 13, Genève, Pellet, 1780, t. I, p. 82. Il testo pressoché identico compare fin dalla prima edizione, Amsterdam, 1770, t. I, pp. 88-89: era quindi noto a Verri.

(12) VERRI, *Discorso sulla Felicità*, cit., § V, pp. 233-45.

(13) Ivi, p. 226.

(14) Cfr. ad es. A. VERRI, *Di Carneade e di Grozio*, « Il Caffè », a cura di G. Francioni e G. Romagnoli, Torino, Boringhieri, 1998², t. II, pp. 705 ss..

anzi, oltre che vana, pure pericolosa, perché occorrerebbe concludere che la riunione delle famiglie è stata imposta « colla sola forza e col fatto ». Ma se il diritto proviene dalla forza, allora « ne verrebbe l'assurdo che la sola resistenza lo potesse togliere; perciò quella origine dello stato sociale non sarebbe fondata sulla giustizia, ma sulla mera usurpazione e violenza, né potrebbe nascere un dritto che posteriormente, quando cioè l'esercizio del potere venisse così saggiamente adoperato che equivallesse alla immaginata spontanea primitiva associazione » (15). Non c'è dubbio che in questa riflessione vi sia il ricordo puntuale del *Contratto sociale*, evocato da Francioni, ma pure, oltre che degli scozzesi, di Helvétius e Montesquieu; forse, si potrebbe ipotizzare perfino un'eco di Vico. Non è qui possibile, ovviamente, affrontare il problema della circolazione di Vico nella Lombardia tardo settecentesca: ma nel volume emerge una interessante testimonianza, finora sconosciuta, di Verri lettore di Vico, la cui *Scienza Nuova* è giudicata « opera strana e grande » (16). Il patto sociale, definito dunque immaginario, come diceva con fedeltà a Helvétius e forse non immemore di Vico, a giudizio di Verri era però stato comprensibilmente immaginato per permettere che ciascuno concorresse « a formare la società, il che si risolve nella felicità pubblica, ossia nella maggiore felicità possibile, ripartita colla maggiore uguaglianza possibile » (17). La formula scoperta nel 1763 era ancora valida e ancora costituiva la bussola d'ogni ragionamento politico. In questo tormentato capitolo Verri si trovava dunque ad affrontare i nodi morali, politici, antropologici della sua visione. Al centro della visione del *philosophe*, come ha ben sottolineato la Contarini, stava non soltanto il problema del diritto e della ribellione (18), ma soprattutto quello del male (19).

Da quanto fin qui detto, si sarà inteso che con questo volume ci si trova dinanzi ad un lavoro filologicamente ineccepibile, di piana e sicura interpretazione; da aggiungere, è l'eleganza e sobrietà grafica del testo.

I problemi che emergono nella discussione dei *Discorsi* di Verri ritornano anche a proposito della pubblicazione della *Scienza della legislazione* di Filangieri, di recente conclusasi (20). La pubblicazione giunge opportuna, perché l'edizione curata nel 1984 da Frosini e

(15) VERRI, *Discorso sulla Felicità*, cit., pp. 240-1.

(16) Id., *Introduzione inedita alle Meditazioni sull'Economia politica*, ivi, p. 509.

(17) Id., *Discorso sulla Felicità*, cit., ivi, pp. 241-2.

(18) Cfr. sul problema T. HOCHSTRASSER, *Conscience and reason: the natural law theory of J. Barbeyrac*, in « The Historical Journal », XXXVI, 1993, pp. 289 ss.

(19) Cfr. F. VENTURI, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Torino, Einaudi, 1970, pp. 122-3.

(20) G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*. Edizione critica, diretta da V. FERRONE, presso il Centro di Studi sull'illuminismo europeo "Giovanni Stiffoni", 2003-2004, voll. 6, e un volume di indici. I curatori dei volumi sono P. Bianchini, M. T. Silvestrini, F. Tocchi Vespasiani, G. Tocchini, A. Trampus.

Riccobono non presentava il testo nella sua completezza. I volumi non mi sembrano offrire l'edizione critica dell'opera del napoletano, che invece i curatori dichiarano di aver realizzato: in effetti, un'edizione critica della *Scienza* è, anche soltanto per principio, impossibile. È comunque un'edizione accurata e integrale, che fornisce il miglior testo, ovviamente risultato dal confronto tra le edizioni di Napoli del 1780-1791 e quella di Venezia di Vitto, del 1782-1791, sulla quale si basa il testo; il commentario ha come principio guida l'individuazione di alcuni testi fondamentali per Filangieri, che li avrebbe avuti dinanzi nella redazione delle varie parti di un'opera che, *grosso modo*, lo occupò per circa diciotto anni, dal 1771 alla morte nel 1788. Come suole accadere, anche questa edizione del testo giunge dopo un intenso lavoro critico: qui però i curatori hanno rinunciato ad aggiungere ai volumi una introduzione, così indirettamente rimandando al recente lavoro di Ferrone ⁽²¹⁾ quale traccia generale della propria interpretazione. Pur rinunciando a discutere, come già per Verri, la letteratura critica, non si può quindi non richiamare tale lavoro, che ha presentato la *Scienza della legislazione* come critica e alternativa all'*Esprit des lois*, in nome di un recupero della tradizione del diritto naturale, svolto secondo la scuola napoletana e quindi sotto l'ispirazione di Vico, che avrebbe spinto Filangieri sulla strada del repubblicanesimo, non utopistico o democratico, ma per così dire *à la Franklin* ⁽²²⁾. Tale ipotesi interpretativa, che a me sembra discutibile ⁽²³⁾ pur se tra molte suggestioni felici, guida il lavoro filologico dell'edizione, e ci si può dunque ora chiedere, all'inverso, se da tale lavoro quell'interpretazione risulti suffragata.

A fare una analisi quantitativa, gli autori più citati sono appunto Montesquieu e Vico; ma la ricostruzione delle fonti ha spesso andamento impressionistico. Può parere ingeneroso, di fronte alla mole di annotazioni fatte, andare a notare qualche lacuna: eppure mi sembra che alcune critiche, non di dettaglio, possano essere utili. Nella *Introduzione*, Filangieri discute, tra gli scrittori di diritto, anche « chi, come Montesquieu, ha ragionato piuttosto sopra quello che si è fatto, che sopra quello che si dovrebbe fare; ma niuno ci ha dato ancora un sistema compiuto e ragionato di legislazione, niuno ha ancora ridotta questa materia ad una scienza sicura e ordinata, unendo i mezzi alle

⁽²¹⁾ V. FERRONE, *La società equa e giusta. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁽²²⁾ Sul repubblicanesimo americano, cfr. G. WOOD, *I figli della libertà. Alle origini della democrazia americana* (1991), Firenze, Giunti, 1996, e *The Americanization of Benjamin Franklin*, New York, Penguin Press, 2004.

⁽²³⁾ Cfr. le equilibrate critiche di C. CAPRA, *Repubblicanesimo dei moderni e costituzionalismo illuministico: Riflessioni sull'uso di nuove categorie storiografiche*, in « Società e Storia », 100-101, 2003, pp. 355 ss. [cui ha risposto V. FERRONE, *ivi*, 104 (2004), pp. 401 ss.].

regole e la teoria alla pratica» (24). Appare evidente che qui Filangieri stia citando Rousseau, che nell'*Emile* a proposito del *droit politique* aveva scritto: « Le seul moderne en état de créer cette grande et inutile science eut été l'illustre Montesquieu. Mais il n'eut garde de traiter des principes du droit politique; il se contenta de traiter du droit positif des gouvernemens établis, et rien au monde n'est plus différent que ces deux études. Celui pourtant qui veut juger sainement des gouvernemens tels qu' ils existent est obligé de les réunir toutes deux; il faut savoir ce qui doit être pour bien juger ce qui est. La plus grande difficulté pour éclaircir ces importantes matières est d'intéresser un particulier à les discuter, de répondre à ces deux questions: que m'importe? Et qu'y puis-je faire? » (25). La citazione da Rousseau mi sembra illustri con precisione l'intero orizzonte entro cui si collocò Filangieri. Vengono in chiaro la sua interpretazione e la sua posizione nei confronti di Montesquieu, il quale, come è notissimo, sostenne bensì di aver scritto « un ouvrage de pure politique et de pure jurisprudence » (26), ma per subito dopo affrontare il tema su cui era stato criticato, ossia il rapporto tra queste due materie e la religione: e proprio questi — i tre codici — sono i temi che appunto stanno al centro della *Scienza*. Ma dall'osservazione di Rousseau emerge anche la consapevolezza che il *droit politique*, oltre che con il diritto, doveva costruire una relazione nuova con la morale. L'attenzione alla definizione dell'individuo in termini nuovi era divenuta dominante in Francia a partire dalla metà degli anni '60 sulla base di diverse suggestioni, e attraversò tutti i dibattiti del tardo illuminismo, costituendone una delle maggiori e più complesse questioni. Si potrebbe dire, perciò, che l'opera di Filangieri si iscriva entro il profondo spazio teorico segnato dal confronto tra Rousseau e Montesquieu: cui, come ovvio, portarono ulteriori elementi di riflessione sia le opere di Helvétius e di Buffon, sia le pagine della *Histoire philosophique et politique* di Raynal e Diderot. In tal modo viene in maggior chiarezza la doppia visuale della *Scienza*, volta a definire il diritto come sfera di vita e a trovarvi nuove regole, ma al tempo stesso volta a costruire una nuova politica che sapesse impiantare anche una nuova relazione con il diritto e con altre esperienze, come la morale e l'economia. Questo orizzonte, per quello che concerne il diritto, è stato pure di recente focalizzato da Italo Birocchi, nel suo eccellente *Alla ricerca dell'ordine* (27), che ha offerto un'interpretazione che inquadra sia il costituzionalismo, sia la discussione sulle leggi penali

(24) G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., t. I, p. 19.

(25) J.-J. ROUSSEAU, *Emile*, in *Œuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1969, t. IV, pp. 836-7.

(26) MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois, Défense* in *Œuvres complètes*, Paris, Seuil, 1964, p. 808.

(27) I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002.

della *Scienza* di Filangieri in modo ampio e ben calibrato: ed è a queste pagine che si rimanda per una sintetica ricostruzione di entrambi questi punti.

Quel che di Montesquieu Filangieri colse, pur se poi sviluppò posizioni diverse o contrarie, fu appunto il problema della costituzione del diritto nella sua relazione non soltanto con la politica, ma con una visione sistematica del mondo sociale e umano. In questo senso il valore di rottura dell'*Esprit des lois* era stato radicale. Per Montesquieu le fonti del diritto erano molteplici, politiche, domestiche, civili, e ciascuna aveva una sua dinamica e una sua specifica maniera di correlarsi al sistema generale, all'*esprit général*. Il principio suo che « les lois ont un très grand rapport avec la façon dont les divers peuples se procurent la subsistence » (28) fu una novità subito discussa, e che fu al centro del dibattito successivo. Soltanto a partire da questa nuova impostazione e dalla generale riflessione che suscitò si può intendere il dibattito sull'uomo di natura e sulle leggi di natura, che appunto trovarono nell'*Esprit des lois* una formulazione non soltanto di pura politica e di puro diritto, ma anche sociologica e antropologica. La radicale novità di questa varia, ma sistematica prospettiva non fu sempre di facile accettazione: per non fare che due esempi assai diversi, Voltaire e Genovesi non condivisero né questa tematica, né le soluzioni. Filangieri, invece, come tutta la sua generazione, seguì la lezione dell'*Esprit des lois*. Si può ricostruire quindi la tessitura della *Scienza* soltanto attraverso il confronto con Montesquieu, che a partire dagli anni '60 si fece in Europa sempre più intenso attraverso una straordinaria pluralità di voci, ciascuna con la sua intonazione specifica, dall'*Histoire philosophique et politique* di Raynal e Diderot, a Rousseau, ai fisiocratici, a Ferguson, Linguet, Robertson, Voltaire. Dentro il tema del diritto naturale infatti affioravano, dopo il 1748, una molteplicità di interrogativi e di questioni che oltrepassavano di molto il diritto naturale moderno (29) e ponevano nuove esigenze di definizione delle forze interne dell'individuo, della storia e dei suoi tempi, dei ritmi di crescita sociale, tra progresso e decadenza delle società, dei modi di guidare e regolare con la politica la società civile e il mondo dell'economia. Fu qui, in questo intreccio di problemi, nel recupero della tradizione del diritto naturale 'protestante'

(28) MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, cit., XVIII, 8, p. 634. Su questo punto cfr. S. LANDUCCI, *I filosofi e i selvaggi. 1580-1780*, Bari, Laterza, 1972, cap. VI, e R. MINUTI, *Oriente barbarico e storiografia settecentesca. Rappresentazione della storia dei Tartari nella cultura francese del XVIII secolo*, Venezia, Marsilio, 1994, cap. II.

(29) Sul quale ancora utile R. TUCK, *The 'modern' theory of natural law*, in *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*, a cura di A. Pagden, Cambridge Un. Press, 1987, pp. 99 ss. V. comunque anche T. J. HOCHSTRASSER, *Natural law Theories in the Early Enlightenment*, Cambridge, Cambridge Un. Press, 2000, che discute anche Vico, pp. 7 ss.. Per una ricostruzione di lunga durata, v. K. HAAKONSEN, *From Grotius to Scottish Enlightenment*, Cambridge, Cambridge Un. Press, 1997.

e nel suo potenziamento, non nel ritorno alla tradizione del diritto cattolico della seconda scolastica, che si rifletté criticamente, illuministicamente, sulla secolarizzazione del diritto, sulla sua razionalità libera dall'ipoteca religiosa, sulla sua universalità. In questa edizione tale prospettiva è stata invece stemperata, fino a sostenere, per esempio, che la teoria dello sviluppo stadiale giunga a Filangieri dal solo Vico⁽³⁰⁾. Poteva essere questa interpretazione legittima prima del 1955, per via degli studi di Croce e Nicolini o Cotta; ma adesso pare in verità di difficile accettazione, dopo le tante ricerche svoltesi su questa *complex idea* e sulla sua circolazione europea.

Naturalmente, i punti centrali della discussione della *Scienza*, la critica al feudalesimo e la riflessione sull'opinione pubblica, sono qui largamente documentati. Erano anche questi due aspetti che emergevano attraverso il dibattito coevo, come già molti anni fa aveva indicato, con ragione, Venturi: « Lo spirito riformatore, opposto e pur tuttavia congiunto a queste volontà di soluzioni totali, sul piano politico e sul piano sociale, democratiche o comunistiche » trovò allora « le sue formule politicamente più attive ed importanti. È in quel periodo e, notiamolo bene, soltanto allora, che le *lumières* diventano specificamente anti-feudali »⁽³¹⁾. I progetti riformatori investirono anche la definizione della tolleranza, la sistemazione delle leggi penali, la trasformazione dell'economia, la visione della povertà e l'esigenza di darvi risposta, il bisogno di nuove teorie e nuovi istituti di educazione pubblica: nacque allora una riflessione sulla società civile, che prese nomi diversi, ma in cui la volontà di analisi si legò sempre, da un canto, all'esigenza di tracciarne la storia, dalla *History of civil society* di Ferguson alla « *histoire de l'homme en société* », di Boulanger, alle storie di Hume e di Gibbon e di Voltaire; d'altro canto a quella di costruire un ideale sociale e politico di progresso e di ragione. Per questa ragione, ci si sarebbe aspettati un più serrato confronto con alcune posizioni coeve. Colpisce, ad esempio, quanto poco spazio sia dato ai pensatori scozzesi, a Ferguson, a Napoli molto letto, e a Smith, la cui *Theory of moral sentiments*, anche nella traduzione francese del 1764, *Métaphysique de l'âme, ou Théorie des sentiments moraux*, ebbe larga circolazione e attraverso la quale si veniva discutendo quale potesse essere lo spazio politico migliore per il dispiegamento dell'interesse individuale⁽³²⁾, o meglio per il suo coinvolgimento, come aveva

⁽³⁰⁾ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., I, 18, t. I, p. 170, n. 279.

⁽³¹⁾ F. VENTURI, *L'illuminismo nel Settecento europeo*, in *XI Congrès Int. des Sciences Historiques, Rapports*, IV, Histoire, Stockholm, 1960, pp. 128-9.

⁽³²⁾ Cfr. L. PESANTE, *Le trasformazioni dell'individuo nell'antropologia economica inglese dalla restaurazione ad Adam Smith*, in *L'individuo nel pensiero moderno. Secoli XVI-XVIII*, a cura di G. M. Cazzaniga e Y. Ch. Zarka, Pisa, ETS, 1995, t. I, pp. 312 ss., e K. HAAKONSSON, *The science of a Legislator. The Natural Jurisprudence of D. Hume and A. Smith*, Cambridge, Cambridge Un. Press, 1981.

detto Rousseau nell'*Emile*. Con quella precisazione, Rousseau aveva escluso dal proprio orizzonte ogni teoria, ad esempio quella fisiocratica, che individuasse nella soggezione ad un sovrano assoluto l'unico modo per creare uno spazio politico nel quale sormontare la presunta impossibilità di condividere un interesse comune. Tra illuminismo e repubblicanesimo si apriva un confronto che poi in Smith trovò una conclusione nella opposizione di due modelli di riformatore. Da un lato quello empirico, attento a trovare leggi adatte agli individui, d'altro lato « the man of system », teso ad affermare in ogni modo il proprio ideale politico, « to erect his own judgment into the supreme standard of right and wrong », a rimuovere ogni ostacolo, ossia « to reduce the authority of the nobility; to take away the privileges of cities and provinces »⁽³³⁾. La tradizione repubblicana approdava qui ad una posizione differente da quella illuminista. Proprio l'articolazione tra diritti naturali e diritti storicamente definiti fu una delle questioni che mise in crisi la tradizione del repubblicanesimo classico: basterebbe pensare alla posizione del Ferguson della *History of civil society* e alla problematica connessione tra felicità e virtù, per averne un esempio. Smith aveva identificato nella persona, nella reputazione e nella proprietà i primi; tutta la dinamica della determinazione dei diritti acquisiti attraversò pure la cultura francese, e trovò pagine straordinarie, ad esempio, nel Diderot della *Histoire philosophique et politique* che circolarono ampiamente a Napoli. Alla tradizione illuministica, dunque, Filangieri si tenne fedele, e il suo costituzionalismo trovò lì le proprie radici. Il problema sta nella ricostruzione di un percorso che condusse Filangieri a dialogare con la cultura illuminista, e a misurarsi con le molte realtà del suo tempo, dalla Francia successiva al fallimento di Turgot, alla America della rivoluzione repubblicana, alla monarchia assoluta di Vienna e di Napoli, all'azione di Federico II⁽³⁴⁾ o di Pietro il Grande e di Caterina di Russia.

Anche la sua idea di dispotismo potrebbe ricevere schiarimenti se posta su questo orizzonte. Una via importante per riflettere sulle esperienze del dispotismo, oltre che dal rapporto con la fisiocrazia, venne di sicuro a Filangieri dalla lettura della *Histoire* di Raynal. L'opera di Raynal non è soltanto una sorta di dizionario storico commerciale (cosa che pure in parte fu, e per la quale fu molto letta); in particolare per gli interventi sempre crescenti di Diderot nelle tre edizioni sue (1770, 1774, 1780), offriva anche una precisa e originalis-

⁽³³⁾ A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, IV, II, 2, a cura di D. D. Raphael e A. L. Macfie, LibertyClassics, *The Glasgow edition of the Works and Letters of A. Smith*, p. 234.

⁽³⁴⁾ Nell'apparato alla *Scienza* si dettaglia il rimando che Filangieri fa al progetto di codice che aveva elaborato S. von Coccejus. Sull'importanza di questo giurista e di suo padre v. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., e anche HAAKONSSSEN, *From Grotius to Scottish Enlightenment*, cit..

sima interpretazione della storia europea. Molto significativo è, a questo riguardo, il giudizio che, attraverso l'intervento di Diderot, veniva dato sull'azione di Pietro il Grande e di Caterina. Il giudizio era noto a Filangieri, che infatti lo ha presente alla lettera quando scrive di Pietro: « Ecco perché tutte le sue leggi, il suo zelo, i suoi viaggi non furono utili che per Pietroburgo ed, adornando questa produzione delle sue mani, non fece altro che richiamare alla memoria degli uomini l'idea di quel colosso mostruoso che aveva una testa d'oro sopra un busto di fango. Regola generale: bisogna cominciare sempre dal principio e contrastare quanto meno si può colla natura » (35). La citazione è testuale dall'*Histoire* (36), ma per l'ampiezza del problema che pone vale la pena riportare il brano con qualche larghezza:

« Vous voulez civiliser vos peuples, leur inspirer le goût des lettres, la passion des beaux-arts; mais vous commencez votre édifice par le faite, en appelant auprès de vous des hommes de génie de toutes les contrées. Que produiront ces rares plantes exotiques? Rien. [...]. On a beau former des académies des sciences, des écoles des beaux-arts [...]. C'est qu' en tout il faut commencer par le commencement, et que le commencement c'est de mettre en vigueur les arts mécaniques et les conditions basses. Sachez cultiver la terre, travailler les peaux, fabriquer les laines, faire des souliers, et avec le temps, sans même que vous en mêliez, on fera chez vous des tableaux et des statues, parce que de ces conditions basses il s'élèvera des maisons riches et de familles nombreuses [...]. Étudiez les progrès de la société, et vous verrez des pasteurs ou des agriculteurs dépouillés par des brigands; ces agriculteurs opposer à ces brigands une portion d'entre eux, et voilà les soldats [...]. Suivez la marche constante de la nature, aussi bien cherchiez-vous vous inutilement à vous en carter. Vous vous retrouverez presque au même point de barbarie dont vous avez voulu vous tirer, et vous y resterez jusqu' à ce que les circonstances fassent sortir de votre propre sol une police indigène dont les lumières étrangères pourront accélérer les progrès. N'en espérez pas davantage et cultivez votre sol » (37).

Mi sembra che richiamare questa fonte faccia emergere due questioni. Innanzitutto, Filangieri seguì, più di Diderot, il suggerimento di questi di studiare « les progrès de la société ». L'attenzione di Filangieri al problema del feudalesimo, alla storia del mondo classico e di quello contemporaneo non è estrinseca alla proposta politica che guida la *Scienza*, ma, come ho poc'anzi detto, si iscrive in un progetto, larga-

(35) FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., I, 16, t. I, p. 164.

(36) Sulla derivazione, cfr. G. GOGGI, *Diderot-Raynal e Filangieri: uno studio di fonti*, in « Giornale storico della letteratura italiana », CLIII (1976), pp. 395-400.

(37) Il testo di Diderot è del 1772: cfr. D. DIDEROT, *Mélanges et morceaux divers. Contribution à l'Histoire des deux Indes*, a cura di G. Goggi, Siena 1976, pp. 352 ss.; sulla sua storia, G. GOGGI, *Civilisation et expérience de référence: à propos du fragment politique "Sur la Russie" de Diderot*, in « Studi settecenteschi », 14, 1994, pp. 329 ss..

mente ripreso dall'insegnamento scozzese, ma dove è possibile sentire la lezione di Vico, che si può definire, con l'espressione di Hume, di storia naturale dell'uomo e della società. Sta qui la differenza tra Filangieri e Verri, il cui modello storiografico era invece quello giannoniano della storia civile. Al contrario, nella *Scienza* di Filangieri c'è una visione storiografica molto vicina a Hume, a Robertson e a Ferguson: tutti autori che a Napoli stavano allora larghissimamente circolando. Nel confronto con le varie storie europee sulla fine del mondo feudale, la nascita delle città, la formazione della proprietà contadina, lo sviluppo del commercio interno ed esterno, il progresso delle arti, l'incremento della popolazione e della ricchezza si posero tutti i temi cui poi Filangieri, a partire da queste coordinate storiche, diede una rimodulazione politica. Una storia filosofica, quindi, la sua, ma anche politica, nel senso che, come si vede, se ne potevano trarre indicazioni sul tipo di politica da adottare per raggiungere l'obiettivo della libertà e della felicità. Lo studio delle tante storie della società umana ne metteva in risalto gli aspetti costanti e dunque poteva indirizzare verso una soluzione che fosse la migliore non in assoluto, ma relativamente alla 'nazione' determinata. Si intende allora che la posizione di Filangieri, sensibile alle suggestioni fisiocratiche, ma pure attenta alle più radicali aperture di Diderot, sia per così dire meno sensibile al fascino dell'utilitarismo di Helvétius di quanto non fosse quella di Beccaria e di Verri; ma rimase entro l'orizzonte del dispotismo, se la lettura delle pagine di Diderot si conclude poi in un plauso per l'opera di Caterina. Un assolutismo che trovava una limitazione significativa nell'appello a seguire la natura, che era un vincolo che, fondato dalla ricostruzione storica, si faceva risorsa e indicazione politica. E, del resto, la fondazione del diritto penale serviva appunto a dare omogeneità al progetto politico e consistenza alla dinamica costituzionale pur dentro questa prospettiva.

Forse, maggiori rimandi sarebbe stato perciò possibile individuare, oltre che nella cultura europea, anche in testi napoletani. D'altronde, il riferimento alla cultura napoletana permette anche di intendere la scelta illuministica di Filangieri di appoggiare il potere monarchico assoluto e di pensare (l'illusione di) un possibile costituzionalismo a vertice del processo riformatore. Questa fu l'utopia di Filangieri, che risalta proprio nelle polemiche interne al mondo illuminista napoletano. Si pensi alla pubblicazione, nel 1780, dell'*Antigrotius* di Conforti, nel quale, se si appoggiava l'autonomia del sovrano dal potere vaticano, tuttavia si insisteva sull'origine divina del potere regale ⁽³⁸⁾. La fondazione contrattualistica di Filangieri del potere politico si sviluppò anche in

(38) Il testo di Conforti costituiva il commento alla ristampa napoletana di H. GROTIUS, *De imperio summarum potestatum circa sacra*, Napoli, Porcelli, 1780. Cfr. F. LOMONACO, *Tolleranza e libertà di coscienza. Filosofia, diritto e storia tra Leida e Napoli nel secolo XVIII*, Napoli, Liguori, 1999, pp. 158 ss..

relazione a queste polemiche, che gli permisero di recuperare la lezione di Rousseau senza più mediarla nella tradizione regalistica, come aveva invece fatto l'Amidei ne *La Chiesa e la Repubblica dentro i loro limiti* (39). Questa linea di lettura del repubblicanesimo accostato al giannonismo aveva avuto varia fortuna a Napoli, ma si rivelò poi via di conservazione e non di riforma illuministica, come ad esempio nella figura di Ermenegildo Personè, un singolare confutatore di Montesquieu e membro dell'Accademia reale, che polemizzò pure sulla *Diceosina* di Genovesi, suscitando la risposta di Nicola Fiorentino, apparsa proprio nel 1780 (40). In sintonia con un gruppo di riformatori napoletani — si pensi a Galanti, a Pagano — Filangieri quindi recuperava l'insegnamento di Genovesi, da un lato, della storiografia e filosofia europea, dall'altro: come non sentire l'eco della pagina di Diderot nella polemica sua con quei settori della corte napoletana impegnati a creare l'Accademia delle scienze, la quale, evidentemente senza nessuna sorpresa per lui che non ne fece parte, non seppe avere nessuna incidenza culturale? Ma, d'altro lato, a seguire le letture e le scelte di Filangieri si vede quanto complessa fosse l'articolazione del campo degli illuministi napoletani: in particolare il confronto puntuale con Pagano mette in luce il fatto che il dialogo loro non condusse all'accordo, ma piuttosto ad una netta differenza di posizioni (41). Basterebbe anche pensare all'opera già ricordata di Grimaldi, *Riflessioni sopra l'ineguaglianza tra gli uomini*, del 1779, dove si discute, a gradi di complessità crescente, di antropologia, morale e politica, ponendo come base di partenza il dibattito tra Helvétius, Rousseau e Diderot. Questa interpretazione ebbe assai peso nella cultura napoletana, perché intorno al gruppo suo e dei fratelli de Gennaro ruotarono la Accademia reale napoletana e anche iniziative, come ad esempio l'avvio della pubblicazione di un periodico, la « Scelta miscellanea » che ebbe modo di prendere le distanze dalla *Scienza della Legislazione*. Per sua parte, Filangieri si mantenne in posizione polemica rispetto allo stesso Grimaldi (42).

(39) Cfr. soprattutto di A. ROTONDO, *Introduzione a C. AMIDEI, Opere*, Torino, Giappichelli, 1980.

(40) Cfr. E. PERSONÈ, *Riflessioni sullo Esprit des lois, tradotte dal francese, accresciute e dal medesimo indirizzate ad un amico*, Napoli, Flauto, 1765, e Id., *Saggio sulla Diceosina dell'abate Genovesi, diviso in tre lettere*, Napoli, Raimondi, 1777. Di N. FIORENTINO, sotto il nome del fratello Gaetano, v. le *Lettere ad un suo amico sopra il saggio di D. Ermenegildo Personè sulla Diceosina dell'abate Genovesi*, Napoli, Verriento, 1780.

(41) Cfr. G. IMBRUGLIA, *Rivoluzione e civilizzazione. Pagano, Montesquieu e il feudalesimo*, in *Poteri democrazia virtù. Montesquieu nei movimenti repubblicani all'epoca della Rivoluzione francese*, Milano, FrancoAngeli, 2000, pp. 99 ss..

(42) Cfr. la lettera di Filangieri a Franklin, del 21 marzo 1784, su F. Grimaldi, nella quale si accenna al fatto che la loro amicizia, mai « così intrinseca », tuttavia si era poi interrotta, in E. LO SARDO, *Il mondo nuovo e le virtù civili. L'epistolario di Gaetano Filangieri*, Napoli, Fridericiana Editrice Un., 1999, p. 258-9.

Ma il richiamo a Grimaldi è importante anche perché questi seppe riproporre con originalità e vivacità Vico. Il problema della presenza vichiana in Filangieri, evidente per ammissione del medesimo Filangieri, pone altri interrogativi. Forse il richiamo alle fonti vichiane suona talora generico, ma la questione posta è di sicuro rilievo storico. La conoscenza di Filangieri dell'opera vichiana pare illustrare talvolta anche la consapevole sua diversità e non la continuità. Si potrebbe aggiungere, ai tanti, un altro rimando, che riguarda una delle frasi più note della *Scienza*. Per combattere la superstizione, giudicata da Filangieri insieme al feudalesimo il grande ostacolo al progresso sociale, « la filosofia è venuta in soccorso de' governi ed ha prodotto gli effetti più salutari » (43). Già nella *Scienza Nuova* del 1730, Vico aveva scritto che « per la corrotta natura [...] senza l'aiuto della Filosofia, la quale non può soccorrere che a pochissimi » (44), sarebbe stato impossibile tenere in ordine le repubbliche. In questo diverso rapporto tra filosofia e società, tra libertà e potere si disegnava la diversità delle due grandi opere della cultura napoletana del Settecento. Una differenza segnata dal fatto che la *Scienza della legislazione* apparteneva ormai al mondo della *philosophie*.

Adesso accenno soltanto all'edizione recente che Paolo Cristofolini e Manuela Sanna hanno pubblicato della vichiana *Scienza nuova* del 1730. In questo testo aspramente meditato, Vico si poneva daccapo il problema del rapporto con la teoria del giusnaturalismo europeo (45), già affrontata nella *Scienza* del '25 e nel *De Uno* e nel *De Constantia*; ritorna sul rapporto tra la scienza storica delle nazioni e il sistema del diritto delle genti, sul rapporto tra individuo, società e formazione dello stato, sul rapporto tra pratica e teoria, come emergeva nella problematica *Pratica di questa scienza*. Questa edizione, di cui occorre segnalare l'eccellenza, sarà di sicuro insostituibile ausilio per affrontare, insieme, il problema della conoscenza del pensiero vichiano e quello della sua circolazione ed eredità. L'edizione del 1730 della *Scienza Nuova* era stata considerata una tappa di passaggio verso quella del 1744 da Nicolini e Croce, e di conseguenza è rimasta a lungo negletta. Con magistrale ricorso sia alla filologia tradizionale, sia alla filologia del testo a stampa, i due curatori hanno ricostituito questo momento della storia della *Scienza nuova*, che permette di intendere ripensamenti, autocritiche, avanzamenti vichiani in modo vivissimo, dal momento che nell'ap-

(43) FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., *Introduzione*, t. I, p.14.

(44) B. VICO, *La Scienza nuova. 1730*, edizione critica a cura di P. Cristofolini, con la collaborazione di M. Sanna, vol. VIII delle *Opere*, Napoli, Alfredo Guida, 2004, p. 37; cfr. pure la *Scienza nuova* del 1744, in *Opere*, a cura di F. Nicolini, Milano Napoli, Ricciardi, p. 379.

(45) Per un intervento recente, cfr. F. PIRO, *I presupposti teologici del giusnaturalismo moderno nella percezione di Vico*, in « Bollettino del Centro di Studi vichiani », XXX, 2000, p. 125 ss..

parato sono integrati anche i manoscritti del 1731-1734, che fanno vedere in che direzione Vico stesse indirizzando la revisione dell'edizione apparsa nel 1730. Questa revisione non si tradusse in una nuova pubblicazione. I curatori per evitare di stampare, essi, un'opera 'virtuale', hanno perciò scelto di presentare a seguito del testo le quattro serie di « correzioni, miglioramenti ed aggiunte prime ». L'edizione così fatta permette perciò di individuare nella storia della *Scienza nuova* una cesura significativa nel 1734: dopo questo anno, « la *Scienza nuova terza*, del 1744, costituirà una successiva e ultima elaborazione » ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁶⁾ CRISTOFOLINI, *Introduzione a VICO, Scienza nuova*. 1730, cit., p. 4.

LUCA SCUCCIMARRA

IL PRISMA GIACOBINO

(a proposito di *Scacco al liberalismo* di Lucien Jaume)

1. Nel corso degli ultimi decenni, la storiografia politico-costituzionale francese si è imposta sempre più come una direttrice di indagine matura e metodologicamente consapevole, dotata di una propria spiccata originalità nell'orizzonte di sviluppo delle scienze storico-sociali contemporanee. A caratterizzare questo composito orizzonte di ricerca è in primo luogo l'adesione ad un articolato paradigma storico-ricostruttivo, animato da una feconda interazione tra livelli di indagine e strumenti metodologici derivanti da diverse tradizioni disciplinari. Comune a tutti i protagonisti di questa stagione di studi appare, infatti, l'esigenza di declinare la storia del pensiero politico in un più ampio orizzonte d'indagine attento da un lato alla vicenda politico-istituzionale della società francese e dall'altro a quella delle sue più generali forme di autorappresentazione riflessiva. Ma c'è di più. Perché, a ben vedere, tra gli elementi di maggior interesse di questa *nouvelle vague* storiografica si pone il comune riferimento ad una prassi di ricerca pensata a sua volta come una forma riflessiva di problematizzazione della politica contemporanea, come un confronto a distanza con i problemi ancora aperti del presente.

Ora, non c'è dubbio, che tra le differenti linee di sperimentazione metodologica che hanno contribuito a dare una forma pienamente compiuta a questo fecondo approccio storiografico, il percorso di ricerca di Lucien Jaume spicchi per consequenzialità e profondità categoriale. Ciò che lo anima è, infatti, un approccio riflessivamente mediato alla storia del politico come spazio pratico-discorsivo, che aspira con piena consapevolezza ad un compiuto ed autonomo statuto disciplinare. Come lo stesso Jaume ha avuto recentemente occasione di sottolineare, oggetto specifico dell'indagine sono, in questo caso, « i testi di intervento politico » considerati come luoghi di incarnazione delle « ideoprassi » — un neologismo esplicitamente contrapposto alla nozione di « ideologie », con il quale egli vuole indicare « la messa in opera di un pensiero politico che per essere appreso e compreso, non va separato dalle condizioni

concrete della sua formulazione »⁽¹⁾. Testi di questo tipo — scrive, infatti, Jaume — « recano di fatto su di sé la traccia di un'azione — sia essa di tipo scritto o orale — che ha il fine di esporre, convincere, discutere, polemizzare, legittimare. E ciò in funzione di tre cose: 1) un certo *pubblico*, lettore o uditore, realmente o virtualmente presente; 2) una certa *posta in gioco*, o più poste in gioco, che il testo istituisce esplicitamente, o di cui tiene comunque conto in modo implicito; 3) una *cultura politica*, accettata o assunta in termini di contestazione, che crea un legame ed uno spazio di comunicazione tra chi interviene ed i suoi destinatari »⁽²⁾. Per cogliere la valenza più profonda di testi di questo tipo, lo storico deve dunque interrogarsi sullo specifico « effetto di senso » che essi producono: perché è proprio tale effetto che segna « la prassi dell'agente politico nel suo rapporto con i destinatari e nel contributo che egli apporta al pensiero della società ».

Alla base di questo programma di ricerca si pone una concezione compiuta e articolata del *politico* come ambito del discorso e dell'azione, ma anche una attenta rimediazione del problema della *concettualizzazione storica* come soglia di accesso alla specificità dell'orizzonte di senso di volta in volta indagato. Da questo punto di vista, si può dire che la *storia delle ideoprassi* proposta da Jaume rifletta pienamente l'elevato livello di autoproblematizzazione epistemologica raggiunto dalla storiografia politica contemporanea attraverso quel variegato processo di chiarimento disciplinare che siamo soliti definire *linguistic turn*. Essa rappresenta però una autonoma proposta operativa, che appare egualmente lontana da tutte le consolidate polarità del dibattito contemporaneo: nessuno dei consolidati modelli di indagine attualmente praticati nella storia del pensiero politico — né la *Begriffsgeschichte* di Koselleck, né la storiografia del discorso politico di Cambridge, né l'ermeneutica gadameriana — preso nella sua assolutezza appare infatti soddisfacente ai fini di una ricerca che ha come principale obiettivo quello di portare ad emersione il « *pensiero della società* » colto nella sua costitutiva dinamicità e pluralità. Ognuno di essi rappresenta però una specifica polarità di interazione riflessiva nello sforzo di costante messa a punto metodologica e categoriale che Jaume affronta nello sviluppo del proprio personalissimo itinerario di ricerca.

2. Sono ben noti gli esiti innovativi che questo modello di analisi è in grado di produrre una volta trasposto nel vivo della concreta

(1) L. JAUME, « *La pensée en action: pour une autre Histoire des idées politiques* ». *Un bilan personnel de recherche*, relazione al convegno « Per una storia dei concetti giuridici e politici europei », Napoli, Istituto Suor Orsola Benincasa, 20-22 febbraio 2003, (trad. it. *Il pensiero in azione: per un'altra storia delle idee politiche. Un bilancio personale di ricerca*, in *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, a cura di S. Chignola e G. Duso, Milano, Franco Angeli, 2005, p. 49).

(2) Ivi.

ricostruzione storiografica. Nel corso degli ultimi anni, di essi è stato dato conto — sia pure parzialmente — anche al pubblico italiano, grazie agli stabili rapporti di collaborazione che l'autore intrattiene con alcuni dei più vivaci centri di ricerca sulla storia del pensiero e delle istituzioni politiche oggi operanti nel nostro paese. Con la recente traduzione del volume *Échec au libéralisme* ⁽³⁾, il lettore italiano ha però finalmente l'occasione di sperimentare i risultati di quell'approccio in una ricostruzione di più ampio respiro, maggiormente espressiva della complessità e della ricchezza della riflessione di Jaume. Da questo punto di vista, la scelta editoriale appare centrata e tutt'altro che casuale. Al di là del suo non elevato numero di pagine — ben inferiore a quello di altri importanti contributi come *Le discours jacobin et la démocratie* ⁽⁴⁾ o *L'individu effacé* ⁽⁵⁾ — il volume in questione consente di entrare, infatti, nel vivo della ricerca di Jaume, a partire da quello che a tutti gli effetti ne rappresenta l'originario nucleo propulsivo: il confronto, cioè, con il giacobinismo considerato come una sorta di *prisma* pratico-discorsivo essenziale per l'analisi delle condizioni di nascita in Francia della « politica democratica moderna » (p. 11). Come sottolinea Francesco M. De Sanctis nella sua presentazione, esso restituisce perciò al lettore « una ricerca con radici antiche, ma fortemente proiettata verso i contributi più recenti di Lucien Jaume, tale da costituirne una premessa necessaria e utile » (p. 7).

Diversi sono gli elementi che, secondo Jaume, fanno del discorso — e della prassi — del giacobinismo uno snodo decisivo nella storia della cultura politica francese degli ultimi due secoli. Oltre a sperimentare per la prima volta in Francia una forma di organizzazione assimilabile alla moderna forma-partito, questa direttrice radicale della politica rivoluzionaria seppe, infatti, dare espressione nel suo orizzonte pratico-discorsivo ad una serie di interrogativi e di tensioni che avrebbero attraversato la vita politica francese fino ai nostri giorni: « tensioni fra la società e lo Stato — che la Francia, esaltando la cittadinanza, fatica a distinguere » — « tensioni fra il popolo detto sovrano e la sua rappresentanza », « tensioni fra l'interesse generale e 'gli interessi particolari' », « interrogativi sul ruolo dell'opinione rispetto alle istituzioni rappresentative » e « sulla fiducia che si può accordare al potere esecutivo » (p. 11). Analizzare nella sua complessiva articolazione la costellazione pratico-discorsiva del giacobinismo significa, perciò, confrontarsi riflessivamente con un precipitato dei fondamenti della politica moderna, che mette a nudo i punti deboli del regime democratico: il nesso esistente tra libertà soggettiva e indeterminatezza del legame

⁽³⁾ L. JAUME, *Échec au libéralisme, Les Jacobins et l'État*, Paris, Kimé, 1990 (trad. it., *Scacco al liberalismo. I Giacobini e lo Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003).

⁽⁴⁾ L. JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989;

⁽⁵⁾ L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997.

interindividuale, quello tra neutralità del potere e relativismo dei valori, quello, infine, tra logica della rappresentanza e spolticizzazione della cittadinanza. Come sottolinea Jaume, chi potrebbe sostenere oggi « che questi problemi non sono più i nostri? » (p. 27).

Considerato l'ampilissimo arco tematico evocato, non può sorprendere che il percorso proposto nel volume si sviluppi attraverso una serie altrettanto ampia di specifici passaggi ricostruttivi. Ciò che l'autore si propone di sviluppare non è, però, una generale ricognizione delle cause e delle logiche che in Francia portarono alla genesi del Governo rivoluzionario, bensì una vera e propria *anatomia del giacobinismo*, diretta a verificare « su un certo numero di questioni-chiave » la specificità tipologica assunta da questa direttrice pratico-discorsiva « all'interno delle condizioni moderne della politica ». Naturale punto di partenza dell'analisi diviene allora il confronto con quella « dottrina della *sovranità indivisibile* » che Jaume considera come una componente centrale del dibattito rivoluzionario, destinata a condizionarne gli esiti in tutto il suo arco di sviluppo dal 1789 sino alla cesura dell'anno VIII. Tentare di « far emergere un modello teorico o un idealtipo della sovranità rivoluzionaria, che opera da categoria strutturante dell'azione e delle rappresentazioni del periodo » (p. 34) significa però inevitabilmente immergersi in quel processo intellettuale di lungo periodo che accompagna in Francia la genesi e lo sviluppo del moderno Stato assoluto: perché, secondo Jaume, non c'è ambito nel quale la cultura politica della Rivoluzione si riveli più legata all'eredità dell'*Ancien régime* della sua concezione della sovranità.

Facendo propria la distinzione tra « potere causa » e « potere effetto » già applicata da Marcel Gauchet all'analisi del dibattito rivoluzionario ⁽⁶⁾, Jaume porta così ad evidenza la sostanza arcaica di una concezione della politica che continua ad identificare nel potere sovrano il demiurgico garante dell'unità e dell'ordine sociale. Certo, nel frattempo l'ordine del discorso è radicalmente mutato: ciò che un tempo poteva essere pensato come una naturale prerogativa della regalità, posta sotto l'egida della trascendenza divina, dopo la cesura rivoluzionaria deve essere immaginato come l'esito di un processo di transustanziazione sociale al termine del quale il « popolo » può emergere come il nuovo soggetto della sovranità. È appunto per questo motivo che nella ricostruzione di Jaume il confronto con il *discorso sulla sovranità* tende naturalmente a sfociare in un confronto con il *discorso sulla rappresentanza*, il secondo grande tema sul quale il giacobinismo fa leva per tentare, a suo modo, di risolvere le tensioni che si esprimono nella sua costellazione intellettuale (p. 57). Perché proprio questa è, a ben vedere, l'autentica specificità della concezione rivoluzionaria della

(6) M. GAUCHET, *La Révolutions des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995.

sovranità: la necessità, cioè, di declinare la sostanza di un principio universalmente inclusivo nelle forme, necessariamente esclusive, di un rigido dispositivo rappresentativo.

Considerato in questa prospettiva, il problema centrale della Rivoluzione francese diviene così quello di riuscire a dotare il governo rappresentativo di una base indiscussa di legittimità, nonostante la resistenza che vaste frange dell'opinione pubblica oppongono all'idea di una separazione tra titolarità ed esercizio della sovranità. Secondo Jaume, questa permanente crisi di legittimità è all'origine di alcuni dei momenti-chiave della dinamica rivoluzionaria: la dottrina della « sovranità nazionale » che prende forma — grazie soprattutto al contributo di Sieyès — nei dibattiti dell'Assemblea costituente; l'instaurazione del suffragio universale nel settembre del 1792; la risostanzializzazione etica dei fondamenti della rappresentanza che trova espressione nella concezione giacobina dello Stato; l'appello ai possidenti che caratterizza la fase termidoriana; e, infine, la piramide della notabilità introdotta dalla Costituzione dell'anno VIII. Tutti passaggi, questi, in cui « permane, caparbiamente riproposta », la medesima preoccupazione: rendere credibile la tesi dell'*identità* tra rappresentanti e rappresentati, anche laddove è ormai evidente la loro distanza (pp. 59 s.).

Ora, è impossibile restituire in poche battute la ricchezza di un percorso che — pur nella sua sinteticità — si sforza costantemente di mettere in collegamento il livello della grande teorizzazione sulla politica, sul quale spicca la triade Bodin-Hobbes-Rousseau, con quello del concreto dibattito politico-costituzionale, in cui quella stessa teorizzazione diviene la base di articolazione di contrapposte strategie pratico-discorsive. Per dare un'idea della complessità dell'impianto ricostruttivo di Jaume, basti però ricordare che su questo secondo versante, l'analisi del nesso sovranità-rappresentanza si arricchisce di ulteriori elementi di problematicità grazie all'intersezione con una terza parola chiave del dibattito rivoluzionario, quella di *opinion publique*. È proprio attraverso il confronto con una retorica dell'opinione ormai ampiamente consolidata, che il giacobinismo porta, infatti, alle estreme conseguenze la concezione unanimistica e totalizzante del politico che condivide con larga parte della cultura rivoluzionaria. Come sottolinea Jaume, a questo livello diviene evidente come « sul piano del discorso e della strategia » il giacobinismo abbia saputo « non solo appropriarsi della norma più valida e più generalmente accettata, ma anche monopolizzarla, espellendo da questa posizione simbolica le forze nemiche o rivali » (p. 90): perché per i leader di questo movimento richiamarsi all'opinione pubblica significa sostanzialmente richiamarsi alla sovranità del popolo o della nazione, nella accezione generalmente inclusiva di questi termini. Un approccio, questo, che nella ricostruzione di Jaume si rivela strettamente legato ad una ben precisa interpretazione dei fondamenti antropologici della politica: nel nesso sovranità-rappresen-

tanza-opinione messo in scena dal discorso giacobino non c'è, infatti, alcuno spazio per quella *semantica degli interessi* che aveva caratterizzato gran parte della vicenda intellettuale del XVIII secolo. Al centro della scena si pone, invece, quella *semantica della virtù* che i leader giacobini ereditano dalla tradizione del repubblicanesimo moderno, attraverso la decisiva mediazione di Rousseau. Con questo passaggio, il concetto di opinione pubblica perde però qualsiasi collegamento con una concezione pluralistica della politica, per fondersi strettamente con l'orizzonte di una concezione unanimistica della volontà generale: « convinti di incarnare la moralità attribuita al popolo », gli esponenti del giacobinismo tendono infatti « a postulare l'unicità dell'opinione pubblica »; se poi l'uniformità non si realizza, è perché non si è in presenza della sua vera espressione (pp. 92 s.).

3. Il confronto con un modello antropologico costruito sul nesso oppositivo virtù-interessi rappresenta l'ultimo tassello del composito quadro ricostruttivo offerto nel volume *Scacco al liberalismo*. Esso apre un orizzonte di piena intelligibilità storica su quella che lo stesso Jaume definisce la *verità del giacobinismo*: la sostanza, cioè, radicalmente fusionale di un « movimento d'opinione » che sembra animato da una pervicace volontà di resistenza al processo di differenziazione degli ambiti di azione caratteristico della forma di vita moderna. Il giacobinismo oppone, infatti, un rifiuto consapevole ed assoluto alla separazione fra società civile e Stato e lo fa in nome di una « morale comunitaria » che a sua volta mette radicalmente in questione quella distinzione tra interno ed esterno, coscienza morale e agire politico fatta propria dal discorso filosofico della modernità almeno dalla fine del Cinquecento (7). Tutto nel discorso giacobino — dalla rifondazione etica del principio di rappresentanza alla « manipolazione volontaristica dell'opinione » — sembra riflettere così la onnipervasività di un legame politico, pensato roussovianamente come una risposta radicale al problema della corruzione umana. Esso sfocia, perciò, nell'edificazione di « una grande Corporazione mistica in una società 'dove non ci sono più le corporazioni, ma solo degli individui e l'interesse generale' » (p. 13). Ciò dimostra, secondo Jaume, la natura *morale*, prima ancora che politica di questo movimento d'opinione: « è, infatti, in nome di un Male da combattere che furono attuate la conquista e la difesa dello Stato rivoluzionario. Tuttavia, quest'unità indissolubile fra governanti e corpo governato conduceva, in pratica, al dominio dello Stato sulla

(7) Sul tema inevitabile il rinvio a R. KOSELLECK, *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Freiburg-München, Alber, 1959 (trad. it. *Critica illuminista e crisi della società borghese*, Bologna, Il Mulino, 1972); A. M. BATTISTA, *Alle origini del pensiero politico libertino. Montaigne e Charron*, Milano, Giuffrè, 1979.

società — al punto che, per farlo accettare, fu necessario elaborare un nuovo concetto di legittimità » (8).

Nella prospettiva dello storico francese, l'autoritario comunitarismo etico caratteristico di questo modello non è, però, che l'indice di un irrisolto rapporto con i fondamenti stessi della modernità politica. Jaume si dichiara convinto, infatti, che la « distinzione, metodologicamente necessaria, e la separazione, effettivamente esistente, tra società civile e Stato » segnino il vero punto di cesura della « politica moderna » dall'antico ordine e dalla visione medievale cristiana. Solo a partire da questo momento può prendere forma quella complessa costellazione teorico-pratica che siamo abituati ad approssimare con la formula *libertà dei moderni*. Dietro l'apparente modernità del vocabolario politico messo a punto dai leader del movimento giacobino attraverso un simbiotico rapporto con la semantica del *Contratto sociale*, si cela perciò la sostanza anti-moderna di un universo mentale ancora intriso di riferimenti alla cultura politica e religiosa della Francia *d'Ancien Régime*. Da questo punto di vista, alla base della dinamica pratico-discorsiva del giacobinismo sembra essere il paradosso di una modernizzazione solo apparente delle categorie del politico, un processo di rottura nella continuità che altrove lo stesso Jaume ha efficacemente definito « innovazione arcaicizzante » (9). Con tale passaggio, nel cuore stesso della cultura politica della Rivoluzione trova rifugio un nucleo radicalmente antimoderno di *politica assoluta*, destinato ad influenzare profondamente i successivi sviluppi della società francese.

Come altri esponenti di primo piano della più recente storiografia politico-costituzionale francese, Jaume appare infatti profondamente convinto che il '93 — nella sua assoluta opposizione all'89 — non costituisca « una parentesi breve e senza avvenire, chiusa dalla reazione termidoriana ». Al contrario, la concezione giacobina del politico, che in quel passaggio celebra la sua apoteosi, « apre rispetto alla visione liberale un dibattito di fondo sul senso della convivenza civile nella società moderna » che segnerà un punto di non ritorno per l'intera cultura politica francese di epoca post-rivoluzionaria (p. 25). Certo, attraverso le sue filiazioni ottocentesche — il bonapartismo, il socialismo, il repubblicanesimo — il 'momento giacobino' perderà la sua

(8) JAUME, *Scacco al liberalismo*, p. 107. Ma sul nuovo concetto di legittimità del giacobinismo si veda ivi, p. 25: « Per il giacobinismo radicale [...], questi elementi moderni portavano alla corruzione generalizzata e all'annientamento della sovranità popolare. Così, attraverso la fusione operata nell'anno II fra la società e lo Stato, il potere rivoluzionario dà origine ad un'idea della *legittimità* assai diversa da quella che era alla base del governo rappresentativo e della separazione fra il pubblico e il privato. La legittimità deriva da un'identità etica fra governanti e governati, che l'epurazione e la coercizione terroristica sanzionano in modo quasi materiale; i 'diritti del popolo' in senso giacobino prendono il posto dei diritti dell'Uomo applicati indistintamente a tutti e all'insegna dell'individualismo ».

(9) JAUME, *Il pensiero in azione*, cit., p. 57.

originaria compattezza ideologica, proponendosi più come « un'attitudine nei confronti dello Stato e un metodo di regolazione della società » che come « un polo dottrinale specifico » (p. 28). Ma proprio generalizzando la propria sostanza normativa esso finirà per trasformarsi in una polarità costitutiva della cultura politica francese, in grado paradossalmente di esercitare una potente forza di attrazione anche nei confronti degli esponenti di quel *liberalismo notabile* che caratterizzerà la vicenda politica francese dalla Restaurazione alla III Repubblica. Come Jaume ha ampiamente dimostrato nei suoi successivi lavori ⁽¹⁰⁾, questa specifica direttrice della costellazione liberale — esemplarmente incarnata da Guizot e dagli altri esponenti del gruppo dottrinario — condivide, infatti, con il giacobinismo « una grande sfiducia verso la società — e soprattutto verso l'individuo », che la spinge ancora una volta a postulare la netta centralità dello Stato e del suo apparato come autentico garante della libertà dei francesi. Un quadro, questo, nel quale le uniche voci fuori dal coro sembrano essere quelle di Constant e Tocqueville, entrambi esponenti di un *liberalismo dell'individuo*, fondato sulla messa in discussione della dinamica assolutamente inclusiva della rappresentanza e sulla volontà di lasciare al singolo il « diritto di giudicare del proprio diritto » (pp. 16 s.).

4. È appunto in considerazione dell'eccezionale forza di attrazione dimostrata dal « momento giacobino » nella vicenda politico-ideologica della Francia post-rivoluzionaria, che nella riflessione di Jaume l'analisi finisce inevitabilmente per superare i confini del discorso rivoluzionario, per aprirsi ad una riconsiderazione dell'intera storia intellettuale francese degli ultimi due secoli. Con ciò siamo già arrivati però al nucleo pulsante della *nostra* modernità: perché anche nell'esperienza politica contemporanea — almeno in ambito francese — chi dice « sovranità » continua, secondo Jaume, a dire « giacobinismo ». Rispetto al momento in cui il volume fu pubblicato — il 1990 — l'approccio di Jaume appare peraltro caratterizzato oggi da un livello ancora superiore di consapevolezza storico-politica e filosofica, che nella nuova *Introduzione* scritta per l'edizione italiana gli consente di tematizzare la persistente attualità del 'momento giacobino' con passaggi di rara efficacia. Ma grazie allo sforzo di autoriflessione metodologica affrontato nel corso degli ultimi anni, oggi egli è anche in grado di portare pienamente ad emersione la feconda interazione tra diverse epoche storiche presente alla base della sua anatomia del giacobinismo, evidenziando l'implicito « presente del pensiero » che guida la sua analisi. Per sua stessa ammissione, Jaume legge, infatti, il « momento giacobino » alla luce di quello che a suo giudizio è l'autentico elemento caratterizzante del *nostro* presente: « la prodigiosa espansione dei Diritti dell'uomo, essi stessi messi al servizio dell'indi-

(10) In particolare JAUME, *L'individuo effacé*, cit.

dualismo democratico che assoggetta alla sua logica ogni sfera della società: costumi, professioni, religione, vita politica ». Un'espansione di cui si misurano con difficoltà « i limiti futuri [...] perché essa rimette in discussione il quadro dello Stato-nazione, l'esistenza stessa dello Stato come fonte della politica e del diritto, e sembra dover rovesciare la vecchia idea di sovranità » (p. 12).

Proprio questa è, per Jaume, la ragione fondamentale che « rende oggi il giacobinismo un riferimento comparativo essenziale »: « studiando la passione giacobina per l'unità » — scrive — diviene, infatti, possibile comprendere meglio i francesi di oggi e in particolare quelli tra essi per i quali risulta difficile « rinunciare alla funzione di riferimento e d'assistenza che lo Stato ha svolto tanto a lungo, dalla monarchia assoluta fino allo spirito di solidarietà repubblicano, passando per l'amministrazione napoleonica, colonna vertebrale dello Stato francese » (p. 14). Ma approfondire l'ordine del discorso giacobino può, secondo Jaume, anche offrire degli utili anticorpi al riproporsi in seno alla secolarizzata società occidentale di forme 'teologizzate' di « odio virulento » per una democrazia individualista e procedurale. Proprio per questo motivo diviene, dunque, particolarmente rilevante evidenziare le istanze 'fondamentalistiche' proprie del 'momento giacobino' « la sofferenza salvifica », la « passione per la purezza attraverso la fusione del pubblico e del privato », la spinta all'eliminazione delle « parti cancrenose » della società anche attraverso l'uso della forza — tutte istanze che hanno « allignato nella memoria nazionale » dei francesi e non possono essere considerate del tutto prive di conseguenze per il loro presente (pp. 14 ss.).

Certo, è difficile non cogliere l'impegnativa premessa filosofica che si pone alla base di questa ricostruzione: come emerge in modo sufficientemente chiaro dall'*Introduzione* all'edizione italiana, Jaume sembra, infatti, convinto che *una sola* sia la via di accesso all'esperienza della modernità politica — una via di fatto coincidente con la storia del liberalismo politico come compiuta dottrina della differenziazione sociale e dell'autonomia individuale. Considerato in questa prospettiva, il « momento giacobino » — e la concezione del politico di cui esso si fa portatore — vede perciò ridotto il suo complessivo significato storico a quello di un ambiguo fuori-programma, nel quale trovano espressione le profonde resistenze opposte dalla società francese ad un processo di modernizzazione culturale che sembra scuoterla nelle sue più radicate certezze. Non è un caso, da questo punto di vista, che Jaume richiami espressamente come « fenomeni dalla lontana eco giacobina » episodi recenti della politica francese — il populismo aggressivo del Fronte Nazionale o il « sovranismo » teorizzato da politici come Chevènement o Charles Pasqua — il cui taglio 'reattivo', o addirittura reazionario, non sembra poter essere messo in dubbio. Essi sono chiamati a testimoniare, infatti, della persistente pervasività di una cultura anti-mo-

terna dell'autorità, della quale proprio il giacobinismo — assieme al bonapartismo, che Jaume considera un suo diretto discendente — è stato il più efficace vettore ideologico nell'epoca contemporanea.

Ora, senza voler entrare nel merito del '*meta-recit* emancipatorio' che fa da sfondo all'efficacissimo impianto ricostruttivo di Lucien Jaume, c'è almeno un punto della sua analisi che mi sembra meritevole di discussione, ed è la scelta di ricondurre ad unità il composito universo intellettuale del giacobinismo facendo perno quasi esclusivamente sulla continuità esistente con la tradizionale cultura religiosa e politica della Francia d'*Ancien Régime*. Se è vero, infatti, che nel processo di radicalizzazione discorsiva che precede e accompagna la parabola del Governo rivoluzionario troviamo compiutamente riprodotta quella *logica autoritaria dell'ortodossia* che aveva caratterizzato lo spazio di esperienza religiosa sino all'inizio dell'epoca moderna, se è vero che nel robespierrismo — come specifica variante del movimento giacobino — sembra riproporsi con profonde analogie strutturali la dinamica di un « potere causa » ampiamente sperimentato in Francia nella teoria e nella prassi dell'assolutismo monarchico, è vero anche che quello che prende forma nel giacobinismo come « movimento d'opinione » è una complessa costellazione di riferimenti dottrinari e istanze pratiche, in quanto tale non completamente riducibile all'inerziale nesso di condizionamenti culturali ereditato dello spazio di esperienza vetero-europeo. In fin dei conti, è lo stesso Jaume che recentemente ha messo in guardia contro i rischi derivanti da un'eccessiva valorizzazione del peso del passato nella ricostruzione dei concreti contesti pratico-discorsivi di azione ⁽¹¹⁾. Ebbene, ciò che si rischia di perdere di vista in questa lettura drasticamente 'arcaizzante' dell'universo giacobino è proprio la decisiva dinamica 'ideo-pratica' che innerva quel campo discorsivo, la costitutiva apertura alla problematicità del presente, cioè, che caratterizza quello che a tutti gli effetti può essere considerato come un tentativo titanico — e assolutamente tragico nelle sue modalità di realizzazione — di *autofondazione del moderno ordine del politico*.

Jaume ha senz'altro ragione quando individua come punto problematico di questo passaggio-chiave della nostra modernità la vera e propria *ossessione dell'unanimità* che pervade questo orizzonte di politica assoluta. Non si può, però, non ricordare che si tratta di una dimensione che il giacobinismo condivide, almeno in parte, con le correnti più avanzate della cultura europea del Settecento, anche con quelle in apparenza più vicine ad un ordine del discorso di impronta decisamente proto-liberale: come dimenticare, infatti, la retorica anti-pluralistica del bene comune che pervade anche gli esponenti filosoficamente più consapevoli del repubblicanesimo settecentesco? E come trascurare quella *metafisica dell'evidenza* che in Francia attraverso la

(11) JAUME, *Il pensiero in azione*, cit., p. 53.

mediazione dei Fisiocratici si trasforma anche in una forma consolidata di legittimazione dell'ordine politico? Parafrasando Foucault, si può dire che nella nostra storia il pluralismo è un'invenzione molto recente. E da questo punto di vista, anche i leader giacobini sono figli di un tempo che pensa la politica come specchio della natura o della morale o di una storia filosoficamente ipostatizzata — altrettante versioni, queste, di un approccio essenzialistico che vede nella decisione politica una scelta tra bene e male, verità ed errore, senza vie di fuga. Considerato in questa prospettiva, lo spazio polarizzato delle ideologie tardo-settecentesche finisce, così, per perdere la propria nettezza, le distanze si assottigliano, le linee di costruzione tendono a sovrapporsi: per averne una dimostrazione è sufficiente pensare al confuso orizzonte discorsivo che accompagna la cesura dell'anno VIII, in cui proprio gli esponenti della costellazione *idéologique* si fanno sostenitori — seppure per propri fini — di un progetto di rifondazione personalistica della rappresentanza che porta alle estreme conseguenze quel modello di « potere-causa » caratteristico dell'anno II, mentre gli eredi del movimento di opinione giacobino sembrano in alcuni casi trasformarsi nei difensori di una forma secolarizzata di « democrazia rappresentativa », maggiormente rispettosa — almeno in apparenza — del diritto di ciascun individuo « di decidere del proprio diritto » ⁽¹²⁾.

Ad imporre il giacobinismo dell'anno II come un passaggio autenticamente fondativo della nostra modernità è, allora, in questo quadro forse proprio la tragica radicalità con cui esso affronta il paradosso fondativo di una politica chiamata a ripensare l'ordine collettivo sulle fragili basi di una concezione radicalmente individualistica. È a questo livello, infatti, che si delinea l'orizzonte della democrazia moderna, pensata tocquevillianamente non come un sistema di governo, ma come una vera e propria forma di vita fondata sulla fine di ogni ontologia sostanzialistica della differenza. Come dimostra la grande ricostruzione di Jaume, gli strumenti a tal fine utilizzati sono discutibili e vivono del paradosso del « rimedio nel male ». Essi portano però ad emersione un ordine aporetico del discorso politico che, volente o nolente, è ancora il nostro. Il contributo dello storico del pensiero, in questo campo, resta quello di far interagire efficacemente « il presente dell'interprete » con « il presente degli attori », mettendo in discussione ogni concezione filosoficamente predeterminata del divenire storico. Nel ricchissimo orizzonte problematico che è in grado di evocare, la riflessione di Lucien Jaume sul « momento giacobino » resta, in tale prospettiva, un riuscito esempio dell'utilità della storia per il presente e il futuro di tutti noi.

⁽¹²⁾ Sul tema si veda P. SERNA, *Antonelle, aristocrate révolutionnaire 1747-1817*, Paris, Editions du Felin, 1997; B. GAINOT, *1799, un nouveau Jacobinisme? La démocratie représentative, une alternative à brumaire*, Paris, CTHS, 2001.

PAULO FERREIRA DA CUNHA

DU MYTHE DU LIBERALISME AU PORTUGAL

(à propos d'ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Guiando a Mão Invisível. Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português*, Coimbra, Almedina, 2004, 588 pages)

Le Professeur António Manuel Hespanha (historien du droit qui ne demande pas de présentation — v. <http://www.hespanha.net/antniomanuelhespanha/id2.html> — seulement en intention des jeunes chercheurs) vient de faire paraître un nouvel ouvrage, cette fois-ci consacré aux droits, à l'Etat et à la loi pendant le libéralisme monarchique portugais.

La couverture renforce, comme en double, le message du titre: « guidant la main invisible ». Et bien que la main du joueur d'échecs soit très visible (comment montrer l'invisible?), nous y voyons tout le drame théorique/pratique du libéralisme, non seulement du portugais comme du libéralisme en général.

Et, en regardant pour la première fois cette couverture, on se souvient immédiatement de ce sage poème d'*El Hacedor*, de Jorge Luis Borges, sur le jeu d'échecs, qui se termine significativement:

« (...)

Dieu pousse le joueur qui pousse la pièce.

Quel dieu derrière ce Dieu commence le piège

De poussière et de temps, de rêve et d'agonies? »

Il s'agit aussi d'un livre savant, celui-là. L'historien — particulièrement l'historien, et notamment, par l'atavique dérapage rhétorique des juristes cultes, l'historien du droit — doit se méfier de cette façon érudite d'être savant: négation de la sagesse même. C'est ce qui fait notre auteur, qui nous présente un ouvrage savant dans le sens où il ne se laisse pas immerger par le piège des faits, mais il préserve toujours le regard second, détaché et critique. Étant profondément documenté (l'auteur assiège son sujet par les différentes voies possibles — donnant la parole aux constitutions mais aussi à d'autres interlocuteurs, voire le discours pédagogique du droit constitutionnel, et même la cosmovision économique), Hespanha pratique son propre style de déconstruction. Il envisage un point de départ, une hypothèse, et il le développe, pratiquant avec rigueur le doute méthodique vis-à-vis les lieux communs, les idées de prêt-à-porter.

D'ailleurs, le livre se lit agréablement, faisant justice à cette théorie

de Braga da Cruz, historien du droit de Coimbra (*Obras Esparsas*, I, Coimbra, Acta Universitatis Conimbrigensis, 1979, p. 328) — de nos jours si oubliée par un certain barbarisme pseudo-scientifique — selon laquelle, « há autores para quem o *valor literário* e o *valor científico* parecem ser incompatíveis dentro da mesma obra, considerando-os inversamente proporcionais um ao outro; chegam a medir o *valor literário* pela vacuidade da prosa e o *valor científico* pela obscuridade da exposição [...] um bom trabalho de investigação científica pode ser, ao mesmo tempo, um bom trabalho literário e que, desse modo, pode ler-se um livro *por deleite*, sem que o facto constitua um passatempo inútil, e pode ler-se um livro *por necessidade* científica, sem que a leitura se transforme num pesado suplício ».

Cet ouvrage est aussi un ouvrage actuel, et on oserait même dire qu'il répond aux besoins d'hygiène mentale. En effet, nous vivons un temps où une intellectualité, très pressée et très engagée, semble vouloir une certaine réhabilitation et relecture du libéralisme, surtout basée sur le libéralisme économique, pour en tirer toutes les conséquences, à tout niveau. Comme le disait Serge-Christophe Kolm (*Le Libéralisme moderne*, Paris, PUF, 1984, p. 174), « le libéralisme économique, apparemment défendu par les analyses raffinées des marchés déployées par les économistes, repose *in fine* sur une sociologie de l'Etat primaire et d'amateurs [...] Ce sont des généralisations sans justification à partir de ces cas spécifiques (parfois, de plus, exagérés ou même mythiques), du bas journalisme, de la 'sagesse populaire' en un sens qui calomnie ces deux termes, des ragots qu'on accepte seulement que parce qu'ils confortent des préjugés (ou soutiennent des intérêts) ».

Dans la 'récupération' due au discours néo-libéral, il ne s'agit pas d'étudier le libéralisme historique vrai et réel, mais un libéralisme théorique, qui n'a jamais existé. Cette démarche a certainement la finalité d'anoblir de parchemins un libéralisme, cette fois à raison, de véritable et pur 'laissez faire': il s'agit d'un conservatisme à la fois fidèle à une théologie et à une anarchie du marché (nous parlons du point de vue idéologique; du point de vue historique, par contre, Luis Correia de Lima, *Teologia de Mercado*, Bauru, São Paulo, EDUSC, 2001). Ainsi, la rigueur de l'Histoire joint les vrais héritiers du libéralisme (naturellement interventif — même si malgré soi), notamment ses héritiers politiques (v., récemment, notre *Repensar a Política. Ciência & Ideologia*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 257 et suiv., 333 et suiv.), dont les proclamations semblent donner du moins un petit peu de raison à l'historien traditionaliste brésilien Galvão de Souza (São Paulo, 1912-1992), selon lequel, le libéralisme serait la rampe ensuifée pour le socialisme. Adam Smith, lui-même, avait parlé du programme libéral de la liberté, de l'égalité et de la justice; Thomas Hill Green, en 1870, considérait le *vrai libéral* un « réformateur social, paladin de l'humble et de l'exploité »; Stuart Mill, dans ses *Principles of Political Economy*

(1848), se propose de terrasser les fortunes en deux générations, et les exemples ne finiraient pas. D'ailleurs, significativement, aux Etats-Unis être « libéral » signifie être de gauche... Et ne parlons même pas du « socialisme libéral », idéologie d'élite éparpillée, selon Renato Treves (*Sociologia e socialismo*, p. 213), et revendiquée par l'ouvrage de Schiavone et Cofrancesco (*Difesa del liberalsocialismo e altri saggi*, Milan, 1972).

Mais une précaution s'impose. Il ne s'agit plus de ne pas aimer le libéralisme (pour évoquer Raymond Boudon, *Pourquoi les intellectuels n'aiment pas le libéralisme*). Mais, tout simplement, comme conseillaient Paulsen, « ni rire, ni pleurer, ni maudire; comprendre ». D'ailleurs, Hespanha aime cette citation d'Edward Said (*Representations of the intellectual, The 1999 Reith lectures*, London, Vintage, 1994), qui pourrait être une sorte de devise et esprit de notre corps: « Insiders promote special interests, but intellectuals should be the ones to question patriotic nationalism, corporate thinking, and a sense of class, racial or gender privilege. Universality means taking a risk in order to go beyond the easy certainties provided us by our background, language, nationality, which so often shield us from the reality of others. It also means looking for and trying to uphold a single standard for human behavior when it comes to such matters as foreign and social policy. Thus if we condemn an unprovoked act of aggression by an enemy we should also be able to do the same when our government invades a weaker party. There are no rules by which intellectuals can know what to say or do; nor for the true secular intellectual are there any gods to be worshiped and looked to for unwavering guidance ». (*apud* <http://www.hespanha.net/antrniomanuelhespanha/id1.html>).

On soupçonnait déjà la thèse de l'auteur, mais la citation, en paratextualité, la prouve magistralement.

L'historien Alexandre Herculano, libéral dès la première heure, déçu, s'exila en province: son village d'exile, Vale de Lobos — *La Vallée des Loups*, est devenu, au Portugal, un symbole de la retraite politique blessée. Dans un texte cité par l'historien, sociologue et homme politique Oliveira Martins (lui aussi un déçu, un « vaincu de la vie »), avait déjà souligné, d'une façon impitoyable, le drame de la révolution libérale — voire les contradictions du libéralisme: « Mandaram a D. João II e a D. João III, nos seus túmulos, o código do absolutismo e a bula da Inquisição. Queimaram profusamente a cera e o azeite em iluminações brilhantes, vestindo de briche nacional, horrorosamente grosseiro e bastamente caro. Foi um tirotoio de banquetes, procissões, foguetes, discursos, arcos de triunfo, revistas, *Te-Deum*, eleições, artigos de jornais e salvas de artilharia. Todos os dias havia novas festas, e babavam-se por elas. Era um salseiro de hinos, sonetos, canções, dramas, cortes de fato, e formas de sapatos liberais. [...]. Reuniram-se as cortes. Fez-se uma constituição pouco mais ou menos republicana,

mas inteiramente inadequada ao país. Repetiram-se, palavra por palavra, traduzidos em português, ou coisa semelhante, os discursos mais célebres do *Choix des rapports*, ou as páginas mais excêntricas de Rousseau e de Bentham. O povo espantava-se de se achar tão grande, tão livre, tão rico, em direito teórico: porque, na realidade, nos factos materiais, palpáveis, da vida económica, as coisas estavam pouco mais ou menos na mesma » (*História de Portugal*, 1879, VII, 3).

Oliveira Martins avait déjà considéré que, à la fin du XIX^e siècle, il y avait la mode de railler la révolution libérale; certes, il était d'accord avec le verdict général, mais il voyait quelque noblesse d'esprit dans les idéaux des libéraux, même s'ils avaient tombé dans le ridicule.

Baucoup plus proche de nous, l'historien Victor de Sá avait aussi tracé la faillite de l'individualisme libéral au Portugal, une autre façon de dire: la faillite d'une main libre de la volonté individuelle, postulat du libéralisme théorique du pur et dur *laissez faire*: « o individualismo que o liberalismo despertou não encontrou entre nós estruturas que o condicionassem para se sobrepor e preencher o vazio deixado pelo desaparecimento da autoridade real, por um lado, e, por outro, pela extinção das ordens religiosas e seus núcleos culturais disseminados pelo país. A burguesia 'ambiciosa de honras, ridícula na vaidade, inculta e grosseira (Joaquim de Carvalho, *História do Regimen Republicano em Portugal*, I, Lisboa, 1930) ficou só no terreiro com toda a sua insuficiência e com todo o seu individualismo. A decrépita e corrupta aristocracia do sangue fora substituída pelo reinado político da burguesia. Deste modo, o individualismo liberal produziu muito mais uma manifestação de anarquia, que teve a sua expressão política na 'regeneração' e no rotativismo, paradoxalmente ordeiristas, do que uma afirmação de capacidade cívica e cultural » (*Sociologia de Amorim Viana*, Lisboa, Livros Horizonte, 1981, p. 65).

L'auteur sait d'avance que la pratique ne suivait pas la théorie. Mais est-ce que la théorie (elle-même, et son discours de légitimation et formation) était au moins cohérente? Hespanha nous présente son projet dès le début: « a minha questão não é sobretudo a de saber se, no dia a dia da vida, no mundo doméstico, na repartição, no tribunal ou, mesmo, no parlamento, os princípios liberais eram geralmente aplicados. É bastante evidente que não. O que me interessa mais é saber até que ponto estavam eles presentes na própria teoria política e jurídica da época » (p. 5).

Et Hespanha tout de suite montre ses sources, pour cette enquête: « No modo como se entendia — e se ensinava, a uma boa parte do escol político — o direito; nos modelos segundo os quais se organizava o Estado; nas leis, tal como estavam nos livros; ou mesmo nesses sacrários de direitos que teriam sido as constituições » (*Ibidem*).

Si l'histoire constitutionnelle avait été considérée, en grande mesure, comme une toile de mythes et d'utopies (v. nos *Mito e Constitu-*

cionalismo, Coimbra, Faculdade de Direito de Universidade de Coimbra, 1988 et 1990; *Teoria da Constituição*. I. *Mitos, Memórias, Conceitos*, Lisbonne / São Paulo, Verbo, 2002; *Constituição, Direito e Utopia*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996; *Para uma História Constitucional do Direito Português*, Coimbra, Almedina, 1995, p. 269 et suiv.; *Mythe et Constitutionnalisme au Portugal (1777-1826)*, Lisbonne, Centro de História da Cultura / Universidade Nova de Lisboa, vol. 3 sous presse) le moment est venu de dire que le *libéralisme*, peut-être encore plus que la *tradition*, n'a jamais été ce qu' on a pensé. Et ainsi, dans la qualification de Raoul Girardet (*Mythes et mythologies politiques*, Paris, Seuil, 1986), il devient un mensonge, une idée force, un discours de légitimation. Et, ainsi, un mythe.

Les conclusions seront surprenantes pour les libéralismes conceptuels, de vulgate ou de prêt-à-porter. D'une première phase républicaine, le libéralisme passera à un moment étatiste, et — *stupete gentes* — sans une grande « commotion doctrinale » (p. 527) la phase suivante, déjà à la première moitié du XXème siècle, sera le 'totalitarisme'. Des solutions de continuité dans les ruptures visibles. Une main guides les mains...

Pour toutes ces ambiguïtés, et beaucoup d'autres — il faut lire et méditer ce livre, car un compte rendu ne rend jamais les vraies comptes: après on comprendra mieux pourquoi les libéraux périssent souvent, comme nous l'explique (impitoyablement, il faut le souligner), le poète Robert Eduard Prutz, dans sa catilinaire *Pereant die Liberalen*:

*Pereant die Liberalen,
Die nur reden, die nur prahlen,
Nur mit Worten stets bezahlen,
Aber arm an Taten sind;
Die bald hier -, bald dorthin sehen,
Bald nach rechts, nach links drehen,
Wie die Fahne vor dem Wind:
Pereant die Liberalen!*

*Pereant die Liberalen,
Jene blassen, jene fahlen,
Die in Zeitung und Journalen
Philosophisch sich ergehn;
Aber bei des Battlers Schmerzen,
Weisheitsvoll, mit kaltem Herzen,
Ungeruert voruebergehn:
Pereant die Liberalen.*

ANNA GIANNA MANCA

IL SONDERWEG ITALIANO AL GOVERNO PARLAMENTARE

(a proposito delle acquisizioni della più recente storiografia costituzionale italiana) (*)

1. Per una riconsiderazione del concetto di governo parlamentare. — 2. Governo parlamentare e governo di gabinetto in V. E. Orlando e G. Arcoleo. — 3. Osservazioni riassuntive.

1. *Per una riconsiderazione del concetto di governo parlamentare.*

Le considerazioni che seguono muovono da una crescente insoddisfazione sia verso le tradizionali « genealogie delle costituzioni » (Conrad Bornhak) sia verso la riduzione della storia costituzionale a ricerca sull'origine e la circolazione dei cosiddetti modelli costituzionali ⁽¹⁾ e intendono proporre, a partire dallo stimolo fornito da alcuni recenti lavori italiani di storia costituzionale, una riflessione sul carattere 'parlamentare' della monarchia liberale piemontese prima e italiana poi (1848-1922) sotto la vigenza dello Statuto albertino. La convinzione di fondo da cui tali considerazioni prendono le mosse è duplice.

(*) Il riferimento è, in ordine di pubblicazione, a: P. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Roma-Bari 2001; R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma 2002; E. ROTELLI, *La forma di governo britannica fra 1689 e 1784*, in « Storia Amministrazione Costituzione », 10, 2002, pp. 45-126; ID., *La monarchia costituzionale della Rivoluzione francese (1789-1792)*, in « Storia Amministrazione Costituzione », 11, 2003, pp. 123-251; F. MAZZONIS, *La Monarchia e il Risorgimento*, Bologna 2003; G. REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, Bologna 2003; F. MAZZANTI PEPE, *Profilo istituzionale dello Stato italiano. Modelli stranieri e specificità nazionali nell'età liberale (1849-1922)*, Roma 2004.

⁽¹⁾ Il presente saggio è frutto della rielaborazione e dell'ampliamento di un intervento dal titolo *Staatsrechtliche Diskurse als Verfassungsfaktor? Der italienische Sonderweg zur parlamentarischer Regierung*, tenuto al convegno svoltosi a Hagen (Vestfalia, Germania) nei giorni 6-8 dicembre 2002 sul tema "Symbolische Macht und inszenierte Staatlichkeit. 'Verfassungskultur' als Element der Verfassungsgeschichte" e organizzato da Peter Brandt, Arthur Schlegelmilch, Reinhard Wendt, Ludolf Kuchenbuch dell'Historisches Institut der Fernuniversität Hagen. Di questo convegno sono al momento in corso di pubblicazione gli Atti. L'intento eminentemente comparatistico sotteso alla riflessione qui condotta impone di limitare i riferimenti bibliografici a quelli strettamente necessari.

1) Il dualismo strutturale e conflittuale di parlamento e governo fu caratteristico non di questo o quel sistema politico nazionale ma di tutta l'Europa continentale di epoca (monarchico-)costituzionale. Non si condivide cioè su questo punto la posizione della storiografia giuridico-costituzionale facente capo in sostanza a Costantino Mortati ⁽²⁾, il quale a sua volta si rifà a Carl Schmitt, secondo cui sul piano dell'evoluzione storica, e relativamente al processo di limitazione del potere sin qui assolutistico del monarca da parte di forze sociali e politiche che avanzavano la pretesa di partecipare al governo attraverso una rappresentanza politico-parlamentare, si sarebbero avute perlomeno due manifestazioni del regime parlamentare: *a*) una prima « dualistica », propria di una fase di transizione ⁽³⁾, in cui il regime parlamentare è il risultato di un compromesso in cui viene in ultima analisi eluso il problema della sovranità ⁽⁴⁾, e in cui il gabinetto è responsabile sia di fronte al capo dello Stato (il monarca), che lo può revocare, sia di fronte al parlamento ⁽⁵⁾, in pratica la forma di governo che qui si preferisce chiamare monarchico-costituzionale [*konstitutionelle Regierungsform*]; *b*) una successiva, invece « monistica », in cui la forma dualistica prima o poi tenderebbe a trasformarsi per l'impossibilità di eludere a lungo la questione della titolarità della sovranità ⁽⁶⁾, e in cui il capo dello Stato non può più influire sull'indirizzo politico del gabinetto e svolge invece solo una funzione di garanzia ⁽⁷⁾. Solo nel regime parlamentare monistico l'organo rappresentativo si collocherebbe al centro del sistema politico, e sarebbe il solo a detenere in via esclusiva il potere legislativo nonché a determinare direttamente anche l'indirizzo politico dello Stato ⁽⁸⁾.

In realtà, una forma di governo in cui il parlamento costituisce solo uno dei tre poli, uno dei tre organi dello Stato (oltre al monarca ed al 'suo' governo) fra cui è ripartita la sovranità, finendo coll'essere storicamente tra questi tre poli addirittura quello politicamente più debole, non si può definire 'parlamentare', ma si può dire al massimo 'parlamentarismo', assumendo semplicisticamente la parte, il parlamento, per il tutto, il sistema politico-istituzionale complessivo in cui questo si colloca e agisce svolgendo un ruolo non necessariamente determinante ⁽⁹⁾. Mentre nella monarchia costituzionale la responsabilità poli-

(2) Cfr. C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova 1973, p. 151.

(3) Ivi, pp. 146, 153, 450.

(4) Ivi, p. 151.

(5) Ivi, p. 149.

(6) Ivi, p. 154.

(7) Ivi, p. 149.

(8) Ivi, pp. 162-63.

(9) Per una precisazione sul termine parlamentarismo e la sua distinzione da quello di sistema parlamentare di governo, cfr. lo studio di carattere eminentemente 'funzionale' di M. R. LIPPERT, *Bestellung und Abberufung der Regierungschefs und ihre*

tica del governo nei confronti del parlamento, e cioè la dipendenza diretta dell'esistenza del primo dalla maggioranza del secondo, « non [è] in linea di principio materia di regolazione di alcun tipo, né formale, né materiale »⁽¹⁰⁾, il sistema parlamentare di governo poggia invece sostanzialmente sul fatto che il gabinetto necessita della fiducia del parlamento, al punto che la perdita di essa costringe il governo a dimettersi⁽¹¹⁾. Il sistema parlamentare di governo si fonda quindi sulla soluzione « monistica » della responsabilità ministeriale, mentre la doppia responsabilità [o doppia fiducia], verso il parlamento e verso il capo dello Stato, è stato giustamente osservato, è « in contraddizione » con la « normatività » del sistema⁽¹²⁾.

Rispetto alla storiografia italiana anche recente che ha parlato di un parlamentarismo dualistico⁽¹³⁾, risultano così più convincenti la storiografia politico-costituzionale, la dottrina comparata delle forme di governo e la scienza di diritto costituzionale tedesche in cui generalmente la strutturazione dualistica del sistema politico-istituzionale è riconosciuta essere una caratteristica ineliminabile, anche se evidentemente non esclusiva, della forma monarchico-costituzionale (*konstitutionell*) di governo⁽¹⁴⁾, una caratteristica che comunque la distingue, sia strutturalmente che funzionalmente, da quella parlamentare⁽¹⁵⁾.

funktionale Bedeutung für das parlamentarische Regierungssystem. Entwickelt am Beispiel des deutschen Bundeskanzlers und des britischen Premierministers, Berlin 1973, pp. 22-23 e 25.

⁽¹⁰⁾ Così J.-D. KÜHNE, *Volksvertretungen im monarchischen Konstitutionalismus* (1814-1918), in H.-P. SCHNEIDER-W. ZEH [Hrsg. von], *Parlamentsrecht und Parlamentarismus in der Bundesrepublik Deutschland. Ein Handbuch*, New York 1989, pp. 49-114, rinvenendo in questo ciò che caratterizzava maggiormente il costituzionalismo rispetto al successivo sistema parlamentare di governo (p. 61).

⁽¹¹⁾ Sulla problematica della nomina e del licenziamento del capo del governo in un sistema parlamentare cfr. LIPPERT, *Bestellung und Abberufung der Regierungschefs*, cit., pp. 35-38 e 53; qui si mette chiaramente in luce come l'influsso del parlamento sulla designazione del capo del governo e sulla formazione del governo stesso è da intendersi come « conseguenza » della responsabilità portata dal parlamento per l'esistenza e la durata del governo. Caratteristica del sistema parlamentare di governo è, rileva opportunamente Lippert, la « omogeneizzazione di governo e maggioranza governativa » e il fatto che il « dualismo costituzionale », attraverso il suo dislocamento in parlamento, viene trasformato in « dualismo parlamentare » (pp. 53-4).

⁽¹²⁾ Ivi, p. 321.

⁽¹³⁾ Cfr. in merito sotto in corrispondenza della nota 72.

⁽¹⁴⁾ Su un dualismo strutturale si fondava infatti anche lo Stato per ceti, come mise in rilievo già O. BRUNNER, *Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip*, in *Das Königtum. Seine geistigen und rechtlichen Grundlagen*, Sigmaringen 1973, 4° ristampa inalterata, pp. 279-305, in part. p. 304.

⁽¹⁵⁾ Cfr., per la storiografia politico-costituzionale, i lavori fondamentali di E.-W. BÖCKENFÖRDE (soprattutto *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert* [1967], in ID. [Hrsg. von], *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte [1815-1918]*, Köln 1972, pp. 146-170) e di J.-D. KÜHNE (soprattutto il già cit. *Volksvertretungen im monarchischen Konstitutionalismus [1814-1918]*; per la dottrina comparata

2) Nel dualismo caratteristico della forma monarchico-costituzionale di governo la rappresentanza popolare, cui pure riuscì con il tempo di esercitare la sua funzione nella legislazione e nel controllo dell'amministrazione in modo sempre più effettivo, non poté solitamente imporsi nel momento della decisione politica ultima, continuando a giocare un ruolo subordinato rispetto al monarca e/o al suo governo. In altre parole, il progressivo intensificarsi ed estendersi dell'attività legislativa e ispettiva del parlamento di epoca costituzionale, il suo affermarsi e profilarsi sempre più nettamente come un parlamento 'di lavoro', di contro a chi lo voleva tenere o abbassare al livello di un luogo 'di [meri] discorsi' (16), non gli consentì tuttavia di conquistare quella posizione di centralità e di superiorità nel sistema politico-istituzionale complessivo tale da sfociare, progressivamente e/o naturalmente, nella parlamentarizzazione di quest'ultimo (17).

Infatti, una tale posizione di centralità e superiorità sarebbe potuta derivare all'istituzione parlamentare solo dalla presenza contemporaneamente di due condizioni: a) in positivo, e cioè come elemento nuovo che si 'aggiunge' al parallelogramma di forze caratteristico della forma monarchico-costituzionale di governo andando però a rideterminarne dalla base la sostanza, la acquisizione e la detenzione più o meno formalizzata da parte del parlamento del potere di licenziare il governo

delle forme di governo i lavori di K. VON BEYME (anzitutto *Die parlamentarischen Regierungssysteme in Europa*, München 1973, 2a ed., ed in part. la sezione "Das parlamentarische System als Begriff der Herrschaftsformenlehre", pp. 29-48, soprattutto alle pp. 30 e 41 e inoltre, ID., *Repräsentatives und parlamentarisches Regierungssystem. Eine begriffsgeschichtliche Analyse*, in H. RAUSCH [Hrsg. von], *Die geschichtlichen Grundlagen der modernen Volksvertretung*, 2 voll., Darmstadt 1974, II, pp. 396-417); per la scienza di diritto costituzionale, infine, tra gli altri, U. DI FABIO (*Parlament und Parlamentsrecht. Aufgaben, Organisation und Konflikte parlamentarischer Arbeit*, in « Der Staat », 29, 1990, 4, pp. 597-618), per il quale nel sistema parlamentare vige una « relativa omogeneità di maggioranza parlamentare, partiti di governo e governo », e, soprattutto, « la linea antagonista di demarcazione della limitazione democratica dei poteri si sposta dal dualismo tra parlamento e governo al dualismo di partiti di governo e partiti di opposizione » (cfr. pp. 601-603).

(16) La contrapposizione tra un *Arbeitsparlament* ed un *Redeparlament* risale com'è noto a Max Weber.

(17) La questione se il costituzionalismo fosse 'necessariamente' e 'naturalmente' votato ad evolvere nel parlamentarismo, non ha a ben vedere certo appassionato la storiografia italiana del XX secolo, mentre al contrario essa è stata in Germania al centro di una *Konstitutionalismusdebatte* che, sempre attuale nel corso del XIX secolo, è stata nuovamente riaperta negli anni Sessanta del secolo scorso, protraendosi peraltro per vari decenni sino ai giorni nostri (tra le prese di posizione più recenti ci si limita qui a segnalare da ultimo Ch. SCHÖNBERGER, *Die Überholte Parlamentarisierung. Einflussgewinn und fehlende Herrschaftsfähigkeit des Reichstags im sich demokratisierenden Kaiserreich*, in « Historische Zeitschrift », 272, 2001, 3, pp. 623-666); il dibattito in questione ha contribuito tra l'altro in modo determinante al progresso della opzione comparatistico-sistemica nella storiografia politico-costituzionale, opzione che invece sconta in Italia un indubbio ritardo.

in carica che non godesse più della sua fiducia ⁽¹⁸⁾; *b*) in negativo, e cioè come indice di qualcosa che irreversibilmente ‘vien meno’ rispetto all’insieme di forze e poteri caratteristico del governo monarchico-costituzionale, la certezza che il monarca non potesse più agitare come deterrente o ricorrere per ritorsione alla sua prerogativa regia per contrastare l’esercizio parlamentare del nuovo potere di licenziare il governo di cui si è appena detto ⁽¹⁹⁾.

Contenuto per eccellenza della prerogativa regia, al di là del fatto che con questo termine non sempre si è intesa nell’Europa di epoca *konstitutionell* (e di conseguenza ancora oggi), la stessa identica cosa ⁽²⁰⁾, era non a caso proprio il potere monarchico di scioglimento

⁽¹⁸⁾ Chiarissimo su questo punto ora ROTELLI, *La monarchia costituzionale della Rivoluzione francese*, cit., in part. pp. 124-5, 213-215 e infine 238-9; Rotelli afferma come non si possa parlare di monarchia parlamentare laddove il parlamento non detenga e possa esercitare all’occorrenza anche il potere, con un voto ad hoc, di revocare i ministri riuniti in organo collegiale; inoltre vd. ID., *La forma di governo britannica fra 1689 e 1784*, cit., p. 106: « il punto di svolta, qualificante, nella genesi costituzionale della monarchia parlamentare, non è tanto, in positivo, la ‘elezione’ o, più esattamente, la designazione univoca del ‘primo ministro’ [e del *cabinet*] da parte della maggioranza parlamentare, quanto, in negativo, l’estromissione per ‘sfiducia’ del ministero in carica ».

⁽¹⁹⁾ In Inghilterra, ad esempio, ha affermato LIPPERT, *Bestellung und Abberufung der Regierungschefs und ihre funktionale Bedeutung für das parlamentarische Regierungssystem*, cit., se da un punto di vista meramente formale la prerogativa regia di licenziare il primo ministro è ancora oggi intatta (cfr. pp. 325, 326 e 328), in realtà è avvenuto che il parlamento dapprima ha partecipato all’esercizio del potere monarchico di licenziare il primo ministro, per attirarlo poi però tutto a sé, almeno in una situazione di funzionamento normale del sistema parlamentare (pp. 328-329). In questo processo di progressiva formalizzazione, nel senso di dematerializzazione, della prerogativa regia, soprattutto a partire dal 1867, e cioè dalla seconda grande riforma elettorale, un ruolo determinante ebbe, nel condurre alla trasformazione della prerogativa regia, sia di scioglimento delle Camere, sia di licenziamento del primo ministro, il crescente influsso dell’elettorato (pp. 117 ss.). Il potere di sciogliere le camere passò di fatto dal capo dello Stato al governo, che tuttavia non lo usava più in funzione antiparlamentare, ma per far fronte allo sgretolarsi della sua stessa maggioranza e quindi in ultima istanza per ristabilirne la stabilità e la capacità decisionale (pp. 50-51).

⁽²⁰⁾ La diversa accezione con cui si è utilizzato e si utilizza il termine di prerogativa regia è una conseguenza diretta, sia di talune differenze oggettive riscontrabili nei singoli poteri ‘espressamente’ riconosciuti ai monarchi ed ai loro governi dalle costituzioni europee di epoca costituzionale, sia della maggiore o minore riverenza osservata dalla dottrina verso la origine e, quindi, la legittimazione extra- e metacostituzionale dei poteri esercitati e/o rivendicati dai regnanti, ora appellandosi ad una presunta consuetudine già esistente e consolidata, ora inaugurandone tacitamente essi stessi una ‘nuova’ nelle more della costituzione scritta o addirittura in aperto contrasto con essa. Ad esempio, al tradizionale, precostituzionale potere regio di amministrare le finanze dello Stato senza la collaborazione dei ‘ceti’ si appellò il monarca prussiano quando, dal 1862 al 1866, gestì da solo, anche se ovviamente con il sostegno del ‘suo’ governo, per ben quattro anni le finanze prussiane ricorrendo a illegali e incostituzionali decreti ministeriali, decreti che furono a lungo tenuti addirittura segreti a quella stessa rappresentanza popolare cui la costituzione aveva riconosciuto un ampio *Budgetrecht* (sia qui consentito il rinvio a A.G. MANCA, *La sfida delle riforme. Costituzione e politica*

del parlamento, (nello specifico italiano anche di proroga *sine die* della sessione (art. 9 dello Statuto). Di questo potere, già riconosciuto da Luigi Palma come uno dei tre « atti principali della regia prerogativa » insieme a quello di nominare i ministri e di sanzionare le leggi ⁽²¹⁾, si è di recente nuovamente e alquanto opportunamente sottolineato il potenziale « deterrente » nei confronti di qualsiasi iniziativa politica parlamentare di opposizione all'operato monarchico-governativo ⁽²²⁾.

La contrapposizione polemica tra i sostenitori di una concezione della prerogativa regia che si mantiene al di qua e rispetta i limiti posti al potere regio dalla carta costituzionale, e i sostenitori invece di una prerogativa regia potenzialmente in grado di scardinare l'intera impalcatura costituzionale e rappresentativa dello Stato, si trova *mutatis mutandis* sia nella storia della monarchia cosiddetta parlamentare italiana che in quella della monarchia cosiddetta costituzionale tedesca. In Germania, com'è noto, a predominare fu ben presto la dottrina giuspubblicistica positivista di orientamento conservatore, che interpretava la prerogativa regia in un senso tanto generale e tendenzialmente espansivo da giustificare in casi eccezionali anche un agire monarchico irraguardoso nei confronti dei diritti degli individui e dei poteri della rappresentanza popolare sanciti dalla costituzione ⁽²³⁾; in Italia, invece, negli anni Ottanta dell'Ottocento, di credito non minore della giuspubblicistica positivista, che pure andava affermandosi, godeva la dottrina

nel liberalismo prussiano [1850-1866], Bologna 1995). Una nuova consuetudine, palesemente anticostituzionale, inaugurò invece il monarca italiano, firmando tra il 1848 ed il 1889 una vera e propria valanga di cosiddetti decreti-legge (solo in questo periodo ne furono emanati ben 66 secondo F. RACIOPPI e I. BRUNELLI (*Commento allo Statuto del Regno*, 3 voll., Torino 1909, I, p. 372) senza che lo Statuto prevedesse minimamente il ricorso ad un tale strumento normativo di carattere eccezionale.

⁽²¹⁾ Cfr. L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, 3 voll., Firenze 1881, qui vol. I, p. 471. Di questi « tre atti principali della regia prerogativa » Palma parlava dopo averli distinti dagli « atti della prerogativa regia [...] di natura regia », ossia da quei poteri che « appartengono al re come capo dell'esecutivo [...] [e di cui] tutti convengono esser responsabili i ministri »: potere di firmare trattati di alleanze, di pace, di guerra, di commercio, potere di nominare i senatori, potere di grazia, di comando delle forze militari (cfr. pp. 459-60).

⁽²²⁾ A rimarcare con forza il potere « deterrente » sviluppato nei confronti di un'eventuale opposizione della Camera dalla detenzione da parte del monarca di poteri di prerogativa come quello di convocazione, proroga e scioglimento della Camera, è stato da ultimo F. MAZZONIS, *La Monarchia e il Risorgimento*, cit., in part. p. 60, ma in merito nello stesso senso si veda anche P. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, cit., pp. 28-29.

⁽²³⁾ Una tale interpretazione era generalmente giustificata in considerazione della assenza nelle costituzioni costituzionali tedesche (*konstitutionelle Verfassungen*) di una precisa enumerazione (limitazione) dei poteri monarchici, ovverosia di un articolo come il 78 della Costituzione belga del 1831 (« Le roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la constitution ou les lois portées en vertu de la constitution »); cfr. R. SMEND, *Die Preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen*, Goettingen 1904, p. 30.

costituzionale orientata ai principi dello Stato di diritto, che era solita 'enumerare' tra le prerogative del re d'Italia solo ed esclusivamente i poteri espressamente attribuiti al monarca dalla lettera dello Statuto.

Ad esempio il già citato Luigi Palma, nell'interrogarsi se esistesse « qualche parte del potere della Corona, una vera prerogativa regia, nel senso di un potere proprio, indipendente dalle Camere e dal Gabinetto, e di cui per conseguenza non si po[tesse] chieder conto ai ministri », fornì una risposta assolutamente negativa ⁽²⁴⁾. E ciò, da un lato, in polemica con quanto affermato tempo addietro da Ludovico Casanova, il quale, probabilmente con lo sguardo rivolto più alla prassi che alla teoria, aveva sostenuto esserci atti di prerogativa regia del tutto sgan- ciati dalla responsabilità ministeriale ⁽²⁵⁾, e però, dall'altro, senza arrivare ad eguagliare per inequivocabilità il successivo pronunciamento di Francesco Racioppi e Ignazio Brunelli, per i quali era « da sbandire nel modo più assoluto il concetto d'un preteso 'potere regio' quale complesso di diritti 'maestatici' anteriori o superiori alla costituzione, esonerati come che sia dal concorso responsabile dei ministri » ⁽²⁶⁾. Così, per Palma, « la prerogativa della Corona non può essere assoluta, ma dev'essere temperata alle guarentigie della nazione » e « il ministro è responsabile in genere degli atti della prerogativa regia che richiedono il consenso dei ministri » ⁽²⁷⁾.

Certo è comunque che Palma, coerentemente con il suo orientamento sinceramente liberal-costituzionale, e a differenza, sia di Vittorio Emanuele Orlando ⁽²⁸⁾, sia della giuspubblicistica positivista tedesco-imperiale (questa, infatti, in assenza di una statuizione nella costituzione del 1871 del potere straordinario di ordinanza quale invece sancito in Prussia, non perse occasione per ribadire la ammissibilità di un « autonomes königliches Verordnungsrecht » *extra e praeter legem* ⁽²⁹⁾), non ritenne assolutamente, come si è visto ⁽³⁰⁾, di dover o poter mai includere tra i cosiddetti « atti principali della prerogativa regia » il

⁽²⁴⁾ Cfr. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, cit., I, p. 453.

⁽²⁵⁾ Cfr. L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale. Lezioni ordinate dall'avv. Cesare Cabella*, 2 voll., Genova 1859-60, II, pp. 51-2 e 363-7.

⁽²⁶⁾ Cfr. RACIOPPI e BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, I, qui p. 227; si veda però anche Ivi, p. 361: « accanto al Re costituzionale non esiste né può esistere un Re supercostituzionale: non vi sono 'prerogative' residue dell'antico regime ».

⁽²⁷⁾ Cfr. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, cit., I, p. 459.

⁽²⁸⁾ Cfr. a questo proposito sotto nel testo in corrispondenza della nota 141.

⁽²⁹⁾ Il punto sulla questione fece in Germania verso la fine dell'epoca costituzionale G. ANSCHÜTZ, *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrecht nach preussischem Staatsrecht*, Tübingen 1900, ma in merito vd. anche A.G. MANCA, *La Costituzione 'al di sopra' o 'a disposizione' del legislatore? Difesa, attuazione e revisione costituzionale in Prussia*, in A.G. MANCA e L. LACCHÈ (a cura di), *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, Bologna/Berlin 2003, pp. 255-333, in part. 295 e 328 s.

⁽³⁰⁾ Cfr. sopra in corrispondenza della nota 21.

potere straordinario di emanare ordinanze 'di necessità' o 'd'emergenza', correntemente dette in Italia 'decreti-legge'. A questi decreti-legge, e cioè i decreti emanati 'non' in attuazione e in dipendenza da leggi vigenti (i soli consentiti dallo Statuto, art. 6) da un esecutivo che osi legiferare per proprio arbitrio, senza cioè avere ricevuto dal legislativo alcun incarico, e preferibilmente quando il parlamento è aggiornato o chiuso, il monarca italiano non disdegnò affatto di ricorrere, sebbene come si è detto non se ne facesse nessuna menzione nello Statuto, anche troppo spesso. E naturalmente a nulla valse che qualche decennio più tardi Racioppi e Brunelli stigmatizzassero come del tutto « incostituzionale » il ricorso monarchico-governativo ai decreti-legge in quanto non rientranti nella prerogativa regia ⁽³¹⁾.

Che il monarca italiano nell'uso dei decreti-legge abbia concretamente fatto propria la sostanza del famigerato 'principio monarchico' di coniazione tedesca, mostrandosi così nella interpretazione e nell'esercizio della sua prerogativa ancora più sciolto dalla norma costituzionale del monarca prussiano (questi, infatti, nell'emanare decreti poteva perlomeno invocare a fondamento legale della sua azione l'art. 63 della costituzione prussiana del 1850), è un segno inequivocabile di come in realtà, nel cosiddetto governo 'parlamentare' italiano, per certi aspetti la prassi superò di gran lunga, non solo i limiti implicitamente posti dalla costituzione al potere prima assoluto del monarca, ma anche le generosissime concessioni che la dottrina costituzionale italiana del tempo, di fede indubitabilmente monarchica, era disposta a fare al re costituzionale.

Un 'eccesso' di potere, questo del monarca italiano nel ricorso alla decretazione d'urgenza, che per giunta fu ben lungi dal restare un caso isolato; anche nell'incostituzionale esercizio del potere di deliberare lo stato d'assedio egli superò ampiamente in audacia quello prussiano. Mentre la prerogativa del monarca prussiano comprendeva infatti senza alcun dubbio, oltre al *Notverordnungsrecht*, il potere di dichiarare lo stato d'assedio (art. 111 della costituzione del 1850), potere che solo consentiva di sospendere l'applicazione delle leggi in vigore ⁽³²⁾, nello

⁽³¹⁾ Cfr. RACIOPPI e BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, I, cit., in part. pp. 351-2, ma in genere, su tutta la problematica dei decreti-legge, pp. 351-385.

⁽³²⁾ Sulla prerogativa regia nella monarchia costituzionale prussiana in particolare, e soprattutto sui singoli 'poteri eccezionali' (potere straordinario di ordinanza, potere di dichiarare lo stato d'assedio [*Belagerungszustand*], potere di chiudere in ogni momento il parlamento ed eventualmente anche di scioglierlo) che secondo Ernst Rudolf Huber ne avrebbero costituito l'« essenza », sia qui sufficiente il rinvio alla sua *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, cit., III, pp. 11-18, nonché, per un rigoroso confronto critico con Huber, ai lavori di H. BOLDT (cfr. per tutti *Verfassungskonflikt und Verfassungshistorie. Eine Auseinandersetzung mit Ernst Rudolf Huber*, in « Der Staat », Beiheft 1, Berlin 1975, pp. 75-102 e Id., *Rezension: Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, 7 Bde., Stuttgart 1957-1984*, in « Geschichte und Gesellschaft », 1985, 2, pp. 252-71).

Statuto anche ad un tale potere monarchico non si faceva alcun cenno.

Chiudendo tuttavia per ora questa breve digressione comparata italo-tedesca sulla prerogativa regia, e riprendendo il discorso interrotto su quelle che si sono dette essere le due premesse indispensabili per poter parlare di un sistema parlamentare di governo (*a* e *b*), non si può non rilevare come particolarmente l'assunzione della tesi enunciata sopra al punto 2), oltre a mettere a nudo la strumentalità politica delle veementi denunce di 'onnipotenza' delle assemblee elettive lanciate dalla critica antiparlamentare italiana dei decenni a cavallo tra XIX e XX secolo ⁽³³⁾, apre possibilità finora inesplorate ad una storia costituzionale comparata dell'Europa *konstitutionell*, storia che invece è sinora rimasta impigliata e imbrigliata nelle pastoie dei discorsi dottrinari sulle specifiche vie nazionali al costituzionalismo in Germania e al parlamentarismo in Italia. Sono infatti questi i discorsi che ancora oggi impediscono di accedere ad una storia costituzionale europea intesa come « storia delle strutture e del mutamento strutturale dei sistemi politici » ⁽³⁴⁾, oltre che come storia delle dottrine costituzionali o della circolazione dei cosiddetti modelli costituzionali.

La tesi che qui si vuole sostenere è, insomma, che la medesima dialettica dualistica, instabile e sempre conflittuale (anche se in modo latente) presiedette al funzionamento dei sistemi politico-istituzionali non solo degli stati tradizionalmente catalogati dalla storiografia come 'monarchie costituzionali' (la Prussia dal 1850, il Secondo Impero tedesco dal 1871, la Francia della Restaurazione dal 1814 e della Monarchia di luglio dal 1830, etc.) ⁽³⁵⁾, ma anche della monarchia liberale italiana, di cui tradizionalmente si è detto, soprattutto da noi e quindi del tutto comprensibilmente si è ripetuto anche in Germania sin dalla seconda metà del secolo XIX, sulla scorta di quanto i giuristi tedeschi potevano apprendere anzitutto dall'accreditatissimo *Staatsrecht des Königreichs Italien* di Emilio Brusa, che sia stata invece

⁽³³⁾ Sulla letteratura italiana antiparlamentaristica cfr., tra gli altri, A.M. BANTI, *Retoriche e idiomi: l'antiparlamentarismo nell'Italia di fine Ottocento*, in « Storica », 1995, 3, pp. 7-41; M.S. CORCIULO, *Parlementarisme et antiparlamentarisme italien dans le contexte européen*, in J. AGIRREAZKUENAGA-M. URQUIJO (eds), *Contributions to European Parliamentary History*, Bilbao 1999, pp. 741 ss. (47° ICHPRI); e ora anche REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, cit., in part. pp. 23, 101 e soprattutto pp. 125-131, in cui si sostiene, forse minimizzandone la portata eversiva, che l'antiparlamentarismo, con le sue tre tematiche principali della « grande frattura » tra paese legale e paese reale, del « Risorgimento tradito », e, infine, delle « lotte ferine » in cui si manifesterebbero i rapporti di classe, sia stato, prima che « affare di giuristi e teorici del diritto », « cosa di letterati ».

⁽³⁴⁾ Cfr. a questo proposito H. BOLDT, *Einführung in die Verfassungsgeschichte*, Düsseldorf 1984, in part. pp. 84-94.

⁽³⁵⁾ Cfr. R. WAHL, *Die Bewegung im labilen Dualismus des Konstitutionalismus in Deutschland. Möglichkeiten und Grenzen einer Entwicklung zugunsten des Parlaments*, in MANCA e LACCHÈ (a cura di), *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, cit., pp. 95-126.

retta secondo una non meglio specificata forma ‘parlamentare’ di governo ⁽³⁶⁾. Secondo Brusa, che con la sua affermazione per cui non ci sarebbe « nel diritto pubblico italiano » e « nel carattere fondamentale della nostra costituzione [...] alcuno spazio per la consuetudine » ⁽³⁷⁾, ha certo contribuito non poco a convincere il mondo tedesco della limitatezza dei poteri del monarca italiano, questi, non solo avrebbe nominato i ministri « secondo le tradizioni consolidate del governo parlamentare » ⁽³⁸⁾, ma si sarebbe addirittura astenuto dall’esercitare il suo potere di licenziarli, lasciando che fossero « gli stessi ministri a fargli spontaneamente richiesta di essere licenziati » [sic!] ⁽³⁹⁾.

Ora se da parte della storiografia italiana più recente non sono mancati avvertimenti quanto mai opportuni sono venuti circa il rischio di proiettare all’indietro i significati che certi termini, come quello qui in discussione di governo parlamentare, avrebbero assunto solo ai giorni nostri ⁽⁴⁰⁾, per quanto riguarda la storiografia costituzionale europea non si può non segnalare l’ultimo coraggioso recente tentativo di rivedere criticamente e di aggiornare la tradizionale modellistica costituzionale ⁽⁴¹⁾. Anche in questo caso però, per quanto ci si spinga sino a parlare dell’Italia liberale come di una « konstitutionelle Monarchie » ⁽⁴²⁾, alla fin dei conti, al di là della pur interessante riformulazione terminologica proposta, e certo anche come conseguenza della sfuggevolezza ancora oggi delle riflessioni italiane sull’argomento, si rientra quasi inavvertitamente nel solco della tradizione. In parziale

⁽³⁶⁾ Oggetto di approfondimento dovrebbe diventare al più presto il ruolo svolto da Emilio BRUSA con il suo *Das Staatsrecht des Königreichs Italien* (in *Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, hrsg. von H. Marquardsen, IV. Band [Staatsrecht der ausserdeutschen Staaten I], 7. Abteilung, Freiburg i. B. 1892, 525 pp.), nel traghettamento all’interno della dottrina giuspubblicistica tedesca della seconda metà dell’Ottocento della teoria secondo cui l’Italia era già allora una monarchia retta secondo una forma parlamentare di governo. Il lavoro citato, composto originariamente in italiano e tradotto egregiamente in tedesco da A. Teichmann, allora professore di diritto a Basilea, si (auto)definiva nella *Vorbemerkung* e forse per molti versi a ragione, come « la prima esposizione completa e sistematica » del diritto costituzionale italiano. L’opera, poco conosciuta in Italia ma puntualmente citata come fonte bibliografica dai più grandi giuspubblicisti tedeschi di epoca costituzionale, in più punti definiva l’Italia come un « governo parlamentare » (cfr. alle pp. 108, 156 nota 2, 157 nota 1, 158, 257) senza peraltro mai entrare veramente nel merito della definizione utilizzata.

⁽³⁷⁾ Ivi, pp. 17 e 19.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 108.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁰⁾ Così MAZZANTI PEPE, *Profilo istituzionale dello Stato italiano*, cit., p. 22.

⁽⁴¹⁾ M. KIRSCH, *Monarch and Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp. Frankreich im Vergleich*, Göttingen 1999, in part. pp. 50 s.; in merito sia consentito il rinvio alla mia recensione in « Zeitschrift für neueren Rechtsgeschichte », 25, 2003, 3/4, pp. 325-326.

⁽⁴²⁾ Per questa definizione cfr. KIRSCH, *Monarch and Parlament im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 57 e 65; più specificamente nel merito della vicenda italiana si entra però alle pp. 151 ss., in part. 159-160, e poi di nuovo alle pp. 182 ss.

contraddizione con la riformulazione suddetta, si parla infatti, sia di « dominanza parlamentare »⁽⁴³⁾ (« eine konstitutionelle monarchie mit dominierendem Parlament »), sia di un « parlamentarismo » seppur « labile » soprattutto « in situazioni di crisi » [sic!] (44).

La tradizionale definizione di parlamentare della forma di governo del Piemonte/Italia di epoca liberal-costituzionale, rimasta sorprendentemente incontestata sino, si potrebbe dire, all'altro ieri, è stata coniata all'indomani stesso della concessione dello Statuto albertino nel 1848.

È già stato osservato e largamente documentato, rendendo superflua una ricognizione storiografica più sistematica in merito, come già « dall'età di Cavour » sia stata opinione « molto diffusa » che l'Italia fosse transitata alquanto velocemente dal costituzionalismo al parlamentarismo (45). Tra i primi a contestare il carattere « perpetuo » dello Statuto e ad asserire invece la sua modificabilità, sottolineando con forza il ruolo preponderante assunto nella dinamica del sistema di governo italiano dalla camera elettiva rispetto al monarca, fu, come ci ricorda anche Mario Galizia (46), nientemeno che il giurista Enrico Pessina (47), autore già nel 1849 di un *Manuale di diritto costituzionale*, ma anche deputato e più volte ministro del Regno. Ad utilizzare in riferimento all'Italia il termine di governo parlamentare saranno quindi negli anni Ottanta, come vedremo assai più in dettaglio nel secondo dei tre paragrafi (2.) in cui si articolano queste note, anche due tra i più grandi giuspubblicisti italiani dell'epoca liberale, e cioè Vittorio Emanuele Orlando e Giorgio Arcoleo. Verso la fine degli anni Novanta, in un periodo cioè in cui la storia costituzionale incontrava anche da noi un certo seguito, fu poi Gaetano Arangio-Ruiz (48), a sostenere che in Italia, a dispetto del sistema costituzionale previsto dalla costituzione, era stato immediatamente introdotto il sistema parlamentare (49). Nello stesso senso si espressero circa un decennio più tardi anche i già citati Racioppi e Brunelli nel loro autorevolissimo *Commento allo Statuto del Regno* del 1909 trattando del « governo parlamentare » e/o « governo

(43) *Ibidem*.

(44) Ivi, pp. 186 ss. e in part. 187-188.

(45) S. MERLINI, *Il governo costituzionale*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma 1995, pp. 3-72, qui p. 31.

(46) M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in « Archivio giuridico 'Filippo Serafini' », sesta serie, volume XXXIII, 1963, fasc. 1-2, pp. 3-110, qui p. 82.

(47) Su Pessina cfr. il profilo biografico di A. PESSINA in *Il parlamento italiano 1861-1988, V: 1877-1887 La Sinistra al potere. Da Depretis a Crispi*, Milano 1989, pp. 500-501.

(48) G. ARANGIO-RUIZ, *Storia costituzionale del Regno d'Italia*, Firenze 1898, ristampata a Napoli da Jovene nel 1985.

(49) Ivi, p. 4: « lo Statuto aveva istituito il governo costituzionale, non parlamentare [...] tuttavia, fin dal primo proclamare dello Statuto, si attuò il governo parlamentare [...] ».

di gabinetto»⁽⁵⁰⁾, e dello stesso avviso, infine, si dichiarò anche, qualche tempo dopo, il costituzionalista, ministro, parlamentare, nonché, dal 1923, docente di storia delle istituzioni e delle dottrine politiche, Gaetano Mosca: « Appena lo Statuto venne proclamato — affermò infatti egli nei suoi *Appunti di diritto costituzionale* — si determinò tale un equilibrio delle forze politiche che ne venne l'instaurazione del governo parlamentare, tacitamente ma fermamente richiesto dalla pubblica opinione, tacitamente accordato dalla Corona »⁽⁵¹⁾.

La tesi secondo cui il Regno di Sardegna prima e d'Italia poi si sarebbe trasformato rapidamente in una monarchia 'parlamentare' pare insomma, anche ad una sommaria ricognizione storiografica, ben lungi dal poter essere intesa solo, come pure si potrebbe sospettare in un primo momento, il frutto tardivo dell'ennesima 'invenzione della tradizione' da parte della storiografia e giuspubblicistica italiana del secondo dopoguerra, una storiografia ed una giuspubblicistica che comprensibilmente guardavano affannosamente al passato, nello sforzo di fondare storicamente il presente del giovane Stato democratico-parlamentare, adagiandolo in modo molto rassicurante sulla linea della continuità storica⁽⁵²⁾.

Dal momento che questa tesi fu formulata all'inizio stesso dell'epoca liberal-costituzionale, e da qui in poi ripresa e riecheggiata da eminenti costituzionalisti e storici, che erano anche allo stesso tempo il più delle volte uomini politici altrettanto eminenti e impegnati, assai alta è piuttosto la probabilità che la sua formulazione e trasmissione rientrassero, per certi versi anche inconsapevolmente, all'interno di un 'progetto politico-costituzionale' ben definito, un progetto come ad esempio quello cavouriano⁽⁵³⁾. In altre parole, la coniazione e la

⁽⁵⁰⁾ Cfr. RACIOPPI e BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., III, pp. 279-300 sul "Governo parlamentare" o "Governo di gabinetto", in part. pp. 284 e 286, e inoltre II, pp. 384-6.

⁽⁵¹⁾ G. MOSCA, *Appunti di diritto costituzionale*, Milano 1912, 2ª ed., p. 74. Sulla sua distinzione tra governo costituzionale e governo parlamentare cfr. però anche p. 73.

⁽⁵²⁾ Sulla quasi ossessionante ricerca della continuità storica da parte dei padri della nostra costituzione del 1848, cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna 1998, pp. 89-91, 97 ss., 108.

⁽⁵³⁾ Sul progetto politico cavouriano, volto a valorizzare quanto più possibile l'elemento rappresentativo in senso moderno, e cioè elettivo, nella organizzazione istituzionale del giovane stato costituzionale sardo-italiano, molto interessanti ora, soprattutto per una riflessione sul carattere politico-programmatico delle costituzioni europee ottocentesche (sia qui consentito a quest'ultimo proposito il rinvio a A.G. MANCA, *Introduzione*, a MANCA e LACCHÈ (a cura di), *Parlamento e Costituzione*, cit., pp. 7-27, in part. pp. 8-14), le considerazioni di Giorgio Rebuffa nel suo ultimo lavoro *Lo Statuto albertino*, cit., in part. pp. 37-43 (Cavour voleva « attuare pienamente lo Statuto », « rafforzare l'organo costituzionale più fragile [...] e che più facilmente poteva subire ingerenze da parte del re », « dare pieno corso al principio elettivo [...] [e] estendere l'elezione e dare agli organi elettivi il primato su quelli puramente ammini-

utilizzazione della locuzione di monarchia 'parlamentare', lungi dal rinviare ad una transizione politico-costituzionale effettivamente già avvenuta, potrebbero avere trovato terreno fertile nella volontà delle élites dirigenti e intellettuali di indicare una direzione di sviluppo futuro al giovane Stato costituzionale piemontese prima e italiano poi.

Questo per quanto riguarda le origini ed il contesto in cui la tesi venne formulata e successivamente propagata. Del tutto aperta resta invece l'importante questione del come mai tale tesi, dopo essere stata straordinariamente vitale per tutta la durata dell'epoca costituzionale, abbia ripreso, o meglio continuato ad essere riproposta dalla storiografia italiana (con solo qualche rara ma non per questo meno importante eccezione, di cui peraltro si dirà tra poco) come un luogo comune assolutamente aproblematico e indiscusso anche per tutta la seconda metà del XX secolo, quando cioè un sistema parlamentare di governo nel senso proprio del termine era ormai stato instaurato e si trattava tutt'al più, per un verso di consolidarne le basi, per un altro di attuarne le promesse di sviluppo ulteriore.

A riprendere la tesi in questione subito dopo il 1945 fu Massimo Severo Giannini. Nelle pagine autorevoli del saggio da lui redatto nel 1946 su incarico del Ministero per la Costituente, *Lo Statuto albertino e la costituzione italiana* ⁽⁵⁴⁾, egli sostenne infatti che di una parlamentarizzazione del sistema politico italiano si può parlare sin dall'assunzione della responsabilità politica, come presidente del Consiglio, di Massimo D'Azeglio nel 1849 ⁽⁵⁵⁾. Da qui in poi la tesi della assai precoce parlamentarizzazione del Regno sardo-italiano fu sempre nuovamente riproposta, ora con orgoglio tipicamente liberale ⁽⁵⁶⁾, ora invece più asetticamente ⁽⁵⁷⁾, ma comunque senza mai interrogarsi veramente sul suo effettivo contenuto di realtà.

strativi»; Cavour voleva « dare al governo la piena ed esclusiva legittimazione parlamentare » e con il connubio gli sarebbe riuscito di « salv[are] il parlamento », sottraendolo alle macchinazioni del re), pp. 58-61 (per Cavour le leggi organiche annunciate nello Statuto e segnatamente quelle elettorali, segnavano il « complemento dello Statuto » stesso; egli intendeva « lo Statuto e le leggi che lo integrano come un'opera da completare, un programma di cui sono poste solo le fondamenta »), 78-80 (Cavour intendeva lo Statuto come « una costituzione aperta », « un punto di partenza »). È noto, per contro, come la concessione dello Statuto rappresentasse per Carlo Alberto « un punto di arrivo » (cfr. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, cit., p. 12).

⁽⁵⁴⁾ Cfr. M.S. GIANNINI, *Lo Statuto albertino e la costituzione italiana*, in C.A. JEMOLO e M.S. GIANNINI (a cura di), *Lo Statuto albertino*, Firenze 1946, pp. 43-78.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 70, ma cfr. anche 62 (« La scelta del re [dei ministri] poi fini col non essere più libera, in quanto era il parlamento che, rovesciando un governo, e negandogli la fiducia [...] indicava automaticamente certi nomi »).

⁽⁵⁶⁾ C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia. 1848-1948*, Bari, 1997 (16^a ed.), p. 67.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. tra gli altri G. GALASSO, *Potere e istituzioni in Italia. Dalla Caduta dell'Impero romano a oggi*, Torino, 1974, p. 200.

Lasciando fuori dalla considerazione il lavoro di Maranini ⁽⁵⁸⁾, che nega che si possa parlare per l'Italia liberale di un governo parlamentare, ma solo in quanto un tale sistema non è per lui concepibile senza un sistema elettorale fondato sul collegio uninominale a un sol turno ⁽⁵⁹⁾, assai intrisa di distinguo sull'argomento si presenta, se interrogata in questo senso, anche la ricca trattazione storico-costituzionale di Umberto Allegretti ⁽⁶⁰⁾.

Particolarmente attratto oltre che stimolato da un percorso di riflessione storico-critico sulla forza della scienza e dell'ideologia, ma delle 'dottrine' politico-costituzionali in particolare, come fattori storico-costituzionali di primo rango ⁽⁶¹⁾, Allegretti richiama in più punti la estrema 'disponibilità' della dottrina giuspubblicistica di epoca liberale a funzionalizzare la sua attività e la sua produzione al progetto politico della classe dirigente di « consolidamento », piuttosto che non di « sviluppo », dello Stato esistente ⁽⁶²⁾. In questo medesimo contesto discorsivo egli non manca neppure di rimarcare criticamente come in epoca liberale « la partecipazione degli uomini di scienza e specialmente dei professori universitari all'attività politica attraverso, sia l'opera pubblicistica legata a preoccupazioni ed eventi contingenti, sia la diretta assunzione di incarichi di governo e di collaborazione politica, [...] non [fosse] priva dei suoi aspetti negativi, nella misura in cui concor[s]e ad esonerarli dall'impegno teorico e quindi priv[ò] la politica di un corretto apporto della teoria » ⁽⁶³⁾. Nonostante l'interesse anche esplicito per i meccanismi di costruzione e di produzione dell'ideologia, neanche nel *Profilo* si trova però traccia alcuna di una riflessione su come mai la realizzazione del sistema parlamentare, che pure il giurista fiorentino riconosce essere stato l'obbiettivo principale del progetto politico consapevolmente perseguito da Cavour ⁽⁶⁴⁾, abbia potuto rappresentare il presupposto tacito della riflessione della dottrina costituzionalistica dell'epoca liberale. A ben vedere, Allegretti non appare nemmeno interessato a stabilire se effettivamente sia avvenuta una transizione dal sistema costituzionale cosiddetto puro configurato dallo Statuto a quello parlamentare. Egli tiene semplicemente a precisare come il parlamentarismo « non si sia affermato proprio subito » e di certo né prima del 1852, con l'andata al potere di Cavour, né, soprattutto, senza qualche « ritorno all'indietro » ⁽⁶⁵⁾. Se in un certo punto egli afferma

⁽⁵⁸⁾ G. MARANINI, *Storia del potere in Italia 1848-1967* (1967), Firenze 1983.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 21.

⁽⁶⁰⁾ U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo ed assolutismo nello stato liberale*, Bologna, 1989.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 24.

⁽⁶²⁾ Ivi, pp. 546-547.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 169 [spaziato di chi scrive].

⁽⁶⁴⁾ Ivi, 238-239.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 435.

che una tale transizione « [segnò] senza dubbio la differenza positiva principale tra il sistema liberale italiano e quello tedesco »⁽⁶⁶⁾, in un altro non manca tuttavia di parlare di « gravi carenze » nelle « forme specifiche della trascrizione italiana del parlamentarismo »⁽⁶⁷⁾, oppure anche di « difetti » del parlamento italiano e del suo funzionamento⁽⁶⁸⁾, anche se non si può certo dire che Allegretti sottovaluti l'importanza che concretamente rivestirono quelli che egli chiama i poteri « residui » del monarca⁽⁶⁹⁾. Sarebbe a tutti noto che « lo Stato liberale italiano fu essenzialmente una monarchia 'parlamentare' nella quale il governo, come in ogni forma parlamentare, entrava e restava in carica in quanto godesse della fiducia delle due camere, delle quali preminente era quella elettiva »⁽⁷⁰⁾. Di sistema parlamentare si deve insomma comunque parlare, seppure, aggiunge il nostro altrove, riprendendo la dottrina mortatiana sulle due differenti forme di parlamentarismo di cui si è detto sopra⁽⁷¹⁾, di un sistema parlamentare « di carattere dualistico », dal momento che i ministri erano vincolati alla ricerca della doppia fiducia, quella del re e quella del parlamento⁽⁷²⁾. Il dubbio che possa rappresentare una contraddizione in termini parlare contemporaneamente, da un lato di dualismo tra parlamento e corona⁽⁷³⁾, e dall'altro, di governo parlamentare, dove però a rigore il dualismo si trova ormai dentro lo stesso parlamento, tra maggioranza e opposizione, e non più fuori di esso, non pare qui trovare alcuna eco.

Ancora circa un decennio fa anche Stefano Merlini, pur accennando a « i limiti dentro ai quali si può parlare dell'affermazione del governo parlamentare dalla IV legislatura in poi »⁽⁷⁴⁾, e pur lasciandosi andare a considerazioni assai impegnative, quale ad esempio: « [...] la sostanza costituzionale della forma di governo italiana [rimase] immutata nei decenni [...] »⁽⁷⁵⁾, manteneva però sulla questione un atteggiamento per così dire 'minimalista'. Egli non arrivava cioè sino ad affrontare esplicitamente l'interrogativo evocato nel lettore, se cioè all'opinione riferita fosse anche corrisposta la realtà storico-fattuale,

(66) Ivi, p. 391. Secondo Allegretti, infatti, che su questo punto riprende la storiografia più tradizionale sui modelli costituzionali, il secondo sarebbe « rimasto fermo alla monarchia limitata e al primato dell'esecutivo monarchico », mentre il primo si sarebbe avvicinato maggiormente « all'esperienza francese, inglese, e in genere del liberalismo sviluppato ».

(67) *Ibidem.*

(68) Ivi, p. 439.

(69) Ivi, p. 450.

(70) *Ibidem.*

(71) Cfr. quanto detto sopra in corrispondenza delle note 2-8.

(72) Ivi, p. 436. Di « governo parlamentare dualista » parla anche Silvano Tosi nella introduzione al lavoro di Maranini cit. sopra alla nota 58, (cfr. p. XIII).

(73) Sul ruolo del gabinetto cfr. Ivi, pp. 435 ss.

(74) MERLINI, *Il governo costituzionale*, cit., p. 30.

(75) *Ibidem.*

lasciando del tutto sullo sfondo la questione se fosse avvenuta o meno la transizione dell'Italia liberale al sistema parlamentare.

Si è però detto anche di qualche eccezione all'unanimità storiografica, ossequioso di cotanta tradizione, della seconda metà del XX secolo. Particolarmente la nuova storiografia costituzionale più attenta alla comparazione e alla contemporanea elaborazione scientifica europea, non potè sottovalutare oltre, infatti, il costante riemergere di un dualismo strutturale e di un conflitto sempre latente tra il parlamento da un lato e il monarca e/o il 'suo' governo ⁽⁷⁶⁾ dall'altro, come pure il continuo riproporsi all'attenzione dello storico di costellazioni politiche ed eventi che indubitabilmente lasciano emergere quantomeno una debole autonomia politico-decisionale del parlamento italiano. A chiunque siano anche minimamente noti i termini della *Konstitutionalismus-debatte* tedesca non può sfuggire che la sensibilità e la ricettività verso una prospettiva euristica di questo tipo è quasi inevitabilmente destinata a sfociare in una messa in discussione della tradizionale caratterizzazione 'parlamentare' della monarchia liberale italiana.

Un sensibile impulso all'avvio di una svolta storiografica ha dato negli anni Settanta del secolo scorso il lavoro di Ettore Rotelli *L'organizzazione costituzionale nella storiografia del secondo dopoguerra*, dove si sviluppavano alcune considerazioni che incoraggiavano a spostare qualche accento nella ricerca storico-istituzionale ⁽⁷⁷⁾.

Sul tema del governo parlamentare italiano Rotelli aveva peraltro già avuto modo di soffermarsi ampiamente in un suo precedente lavoro ⁽⁷⁸⁾, dove tuttavia ancora era prevalente la tesi secondo cui il progressivo consolidarsi, non da ultimo attraverso la normazione positiva, del ruolo e delle funzioni del presidente del Consiglio, avrebbe significato per ciò stesso anche il raggiungimento di un superiore stadio di affermazione del governo parlamentare, o addirittura, particolar-

⁽⁷⁶⁾ Il continuo ricorrere di espressioni come « il mio Governo », « i miei ministri », anche nei discorsi della Corona pronunciati, in occasioni ufficiali come l'apertura delle sessioni parlamentari, da Vittorio Emanuele II, che in base all'art. 65 dello Statuto aveva il potere di « nomina e [di] revoca [de]i suoi ministri », è sottolineato anche da MAZZONIS, *La Monarchia e il Risorgimento*, cit., p. 137, che dedica pagine importanti alla prerogativa regia in materia di esecutivo, e soprattutto al ruolo di Vittorio Emanuele II nella politica estera e militare del Regno d'Italia (pp. 113 ss.), soffermandosi inoltre a lungo sulla funzione simbolica della monarchia e sul suo ruolo di integrazione statale e nazionale (p. 131 ss.).

⁽⁷⁷⁾ E. ROTELLI, *L'organizzazione costituzionale nella storiografia del secondo dopoguerra* (1978), in *Costituzione e amministrazione dell'Italia unita*, Bologna 1981, pp. 13-45, in part. pp. 28-32 e 41 ss.

⁽⁷⁸⁾ E. ROTELLI, *La Presidenza del Consiglio dei ministri. Il problema del coordinamento dell'amministrazione centrale in Italia (1848-1948)*, Milano 1972, cfr. in part. pp. 22-29.

mente con l'emanazione del decreto Zanardelli n. 466 del 14 novembre 1901, il suo attestarsi in modo definitivo ⁽⁷⁹⁾.

In questo studio di Rotelli da bussola aveva funzionato quella stessa corrispondenza tra il configurarsi e consolidarsi dell'extrastatutario governo di gabinetto, con la caratteristica preminenza del presidente del Consiglio sugli altri ministri, e l'affermarsi del governo 'parlamentare', che anche un costituzionalista come Gaspare Ambrosini aveva riconosciuto come fondata ⁽⁸⁰⁾, perlomeno sino a quando poté ritenere, a torto, di trovarsi anche in Italia di fronte ad un sistema bipartitico all'inglese ⁽⁸¹⁾. Questa corrispondenza, sia detto qui *en passant*, sarebbe saltata secondo Ambrosini negli ultimi anni dell'epoca liberale, e cioè non appena furono poste solide basi normative per la realizzazione di quello che oggi è considerato uno dei presupposti cardine per il corretto funzionamento di un 'vero' governo parlamentare, vale a dire lo sviluppo di un moderno sistema di partiti, di partiti organizzati cioè

⁽⁷⁹⁾ Per quanto riguarda la normazione giuridico-positiva sul ruolo e le funzioni del presidente del Consiglio dei ministri il riferimento è ovviamente, oltre che al citato decreto Zanardelli del 1901, anche al decreto Depretis del 25 agosto 1876, n. 3289; in merito cfr. *ivi*, pp. 178, 182, 204, 208, 225, 449.

⁽⁸⁰⁾ Per G. AMBROSINI (cfr. il suo *La trasformazione del regime parlamentare e del governo di gabinetto*, in « Rivista di diritto pubblico », XIV, 1922, pp. 187-200), il « cosiddetto governo di gabinetto, [...] formato dal Capo della maggioranza e con uomini della stessa maggioranza, i quali, perciò, avevano con lui comunanza di programma ed erano a lui legati prima ancora di entrare nel gabinetto per il fatto stesso che appartenevano alla maggioranza da lui capitanata », era « legato [a filo doppio] al regime parlamentare classico, [...] caratterizzato dalla divisione dell'assemblea in due grandi partiti, che alternandosi al potere, costituivano di volta in volta maggioranza e minoranza » (p. 195). Su Ambrosini vd. ora F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari 2004, in particolare il cap. III: "Crisi dello Stato liberale e democrazia di massa: Gaspare Ambrosiani e il problema della rappresentanza", pp. 83-96.

⁽⁸¹⁾ Asserire però che nell'Italia liberale non si stabilì la rigida consuetudine inglese di due partiti o di due coalizioni partitiche politicamente e ideologicamente contrapposte e alternantisi nel conquistare alle elezioni la maggioranza parlamentare, non significa certo asserire, sulla scia di quanto affermò in un noto saggio A. SCIALOJA (*Della mancanza dei veri partiti politici in Italia e del come potrebbero sorgere*, apparso sulla « Nuova Antologia » nel gennaio 1870), che nell'Italia di epoca costituzionale 'in realtà non esistevano i partiti', come ha sostenuto anche, per la storia politico-costituzionale, A. PREDIERI (*Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Firenze 1951, p. 65). Più opportunamente Paolo Farneti, cui indubbiamente interessava soprattutto la dimensione extraparlamentare dell'organizzazione dei partiti, quella che insomma in Germania è comunemente detta il 'partito nel paese' (*Partei im Land* contrapposta alla *Partei im Parlament*), ha mostrato come a lungo ci furono in Italia i partiti 'solo' come schieramenti parlamentari (al di là cioè di quando furono riconosciuti formalmente i gruppi parlamentari nel regolamento interno della Camera italiana del 26 luglio-6 agosto 1920); cfr. P. FARNETI, *Sistema politico e società civile*, Torino 1971, in part. pp. 143, 164, 166, ma soprattutto pp. 188, 198 (« ancora nel periodo giolittiano si potrebbe parlare solo di schieramenti politici in parlamento non di partiti politici, [...] di partiti parlamentari »), pp. 275, 277, 279 e 280.

non solo in parlamento ma anche nel paese ⁽⁸²⁾. In altre parole, Ambrosini prese le distanze dalla corrispondenza tra governo di gabinetto e governo parlamentare non a caso proprio quando si sarebbe trattato di riconoscere che essa poteva essere letta anche in senso contrario, e quindi di riconoscere che anche una maggiore formalizzazione ed un superiore sviluppo nell'organizzazione dei partiti poteva costituire il punto di avvio di un consolidamento, 'dal basso' stavolta, della posizione del presidente del Consiglio; a partire da qui avrebbe potuto stabilizzarsi in Italia un governo di gabinetto che, proprio come la rappresentanza politica, ricavava la sua legittimazione in ultima istanza dal consenso popolare ⁽⁸³⁾.

Come in Ambrosini anche nel lavoro di Rotelli il governo parlamentare è definito a partire dai soli organi dell'esecutivo, il presidente del Consiglio (ed i ministri riuniti nel gabinetto) da un lato e la Corona dall'altro. Il presidente del Consiglio dei ministri si sarebbe così imposto alle spese del potere effettivo della Corona, di quella medesima Corona però che in Italia continuerà ad avere in pugno, formalmente ma non solo, al contrario di quanto era già avvenuto all'epoca in Inghilterra ⁽⁸⁴⁾, la sua nomina e revoca. Resta inspiegabilmente senza

⁽⁸²⁾ Come è noto, in conseguenza dell'introduzione del principio della rappresentanza proporzionale nel 1919, prima, e del nuovo regolamento della Camera dei deputati del 1920, poi, in quest'ultima, dove sin qui erano stati presenti in linea generale solo due grossi schieramenti politici, i partiti cominciarono a distinguersi e a potersi organizzare come tali sin dall'inizio dei lavori parlamentari. Secondo Ambrosini, con l'introduzione delle due riforme suddette e lo strutturarsi dell'assemblea italiana in molti partiti, il governo di gabinetto, di fatto, non esisterebbe più (cfr. AMBROSINI, *La trasformazione del regime parlamentare e del governo di gabinetto*, cit., p. 195).

⁽⁸³⁾ Il ragionamento di Ambrosini è emblematico di come per assurdo la corrispondenza in questione tra governo di gabinetto e governo parlamentare apparisse all'improvviso insostenibile se riferita ad un sistema politico, come quello italiano della fine del secondo decennio del Novecento, in cui, *a*) era aumentato sia il numero dei partiti presenti in parlamento, in seguito all'allargamento del suffragio e all'introduzione del sistema elettorale proporzionale, sia il loro influsso, dato che con la divisione della Camera in gruppi parlamentari, i partiti politici erano diventati « il fulcro della vita politica e parlamentare » (ivi, p. 189), ed in cui *b*) si sarebbero quindi resi necessari o inevitabili i governi di coalizione, per definizione stessa più disomogenei; all'interno della coalizione, infatti, risultante dal mettersi insieme di più gruppi parlamentari, non avrebbe potuto più esserci infatti, secondo il nostalgico Ambrosini, quella coesione che sola poteva derivarle dal fatto di essere « formata dal primo ministro in seguito a trattative individuali con le personalità più spiccate o aventi più seguito nell'assemblea o a lui legate per amicizia » (p. 196).

⁽⁸⁴⁾ In Inghilterra, infatti, il progressivo affermarsi del governo di gabinetto coincide con un altrettanto progressivo e costante processo di limitazione, di formalizzazione e di svuotamento materiale dall'interno della prerogativa regia (cfr. LIPPERT, *Bestellung und Abberufung der Regierungschefs und ihre funktionale Bedeutung für das parlamentarische Regierungssystem*, cit., pp. 82-84, ma più in genere 85-117; cfr. inoltre, riassuntivamente p. 164). Sul rapporto tra governo di gabinetto e prerogativa regia in Inghilterra, nello stesso senso di Lippert si pronuncia anche Giorgio Rebuffa, che come

menzione e senza definizione più precisa, e la questione si badi bene è tutt'altro che meramente nominalistica, il nuovo ruolo assunto nella forma di governo parlamentare proprio dall'istituzione da cui il sistema politico prende il nome, e soprattutto dai partiti che, almeno 'in parlamento' se non 'nel paese', furono sempre presenti ⁽⁸⁵⁾.

Secondo la corrispondenza in questione (governo di gabinetto = governo parlamentare) insomma, la partita del cosiddetto governo parlamentare si sarebbe giocata in Italia principalmente a due, tra Corona e presidente del Consiglio, senza la partecipazione del parlamento e degli schieramenti parlamentari in esso, i quali però di tale partita non possono che essere stati convitati di pietra.

Alla maggiore articolazione del sistema politico ed alla presenza di un sistema pluripartitico, invece che di un vero bipartitismo, si rispose in Italia, secondo Rotelli, rafforzando normativamente la funzione di coordinamento politico e la posizione di preminenza sugli altri ministri del presidente del Consiglio ⁽⁸⁶⁾; tanto che infine si sarebbe arrivati al risultato che, mentre « nel punto di partenza, cioè nella lettera dello Statuto albertino, lo schema [era] essenzialmente dualistico, cioè fondato su Re e Parlamento, [...] e il potere esecutivo si identifica[va] con il primo, [...] con l'avvento del regime parlamentare emerse un terzo organo, il Gabinetto, che si rese sempre più autonomo dalla Corona » ⁽⁸⁷⁾. Insomma, afferma Rotelli, « lo spostamento dell'equilibrio politico-istituzionale dalla Corona al Parlamento operò a favore del

è noto ha curato in passato l'edizione italiana de *La Costituzione inglese* di Walter Bagehot (Bologna 1995), rimarcando come « il governo di gabinetto, [...] là dove si era sviluppato coincise con l'annullamento completo delle prerogative regie. Anzi — dice Rebuffa — il sistema di gabinetto nel modello inglese è proprio questo: la sostituzione dell'influenza regia con il potere del primo ministro » (REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, cit., p. 83).

⁽⁸⁵⁾ Nella storiografia costituzionale del XX secolo la tesi per cui in Italia non ci sarebbero stati a lungo dei partiti politici deve sicuramente molto a MARANINI (*Storia del potere in Italia*, cit., in part. p. 171), secondo cui « il collegio uninominale a due turni di elezione, vigente in Piemonte, e poi in Italia, non appartiene al sistema [parlamentare], anzi ne costituisce la negazione, in quanto non è atto a determinare chiari ed elementari schieramenti politici, né comprensibili risposte elettorali, né maggioranze e rispettivamente opposizioni omogenee. È il sistema ideale per i baratti politici fra notabili [...] ». Al « monocausalismo » di Maranini ha replicato tuttavia nel frattempo, tra gli altri, Hartmut Ullrich con l'osservazione, molto pertinente, che un altro elemento che ostacolò fortemente lo strutturarsi interno del Parlamento in partiti fu senza dubbio la divisione dell'assemblea in Uffici anziché in commissioni permanenti (cfr. H. ULLRICH, *Ragione di stato e ragione di partito. Il "grande partito liberale" dall'unità alla prima guerra mondiale*, in G. QUAGLIARIELLO (a cura di), *Il partito politico nella belle Époque. Il dibattito sulla forma-partito in Italia tra '800 e '900*, Milano 1990, pp. 107-191, in part. 116 (sugli Uffici come elemento « negatore, in sostanza, di ogni forte stimolo alla formazione di gruppi parlamentari »).

⁽⁸⁶⁾ ROTELLI, *La Presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., pp. 452-53.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 465.

Gabinetto » ⁽⁸⁸⁾, concludendo quindi plasticamente che con il parlamentarismo « il potere che [...] è stato accumulato dal Gabinetto, sottraendolo talora alla Corona in nome del Parlamento e tal'altra al Parlamento in nome della Corona, finì politicamente nelle mani del Presidente del Consiglio » ⁽⁸⁹⁾.

Nel successivo lavoro su *L'organizzazione costituzionale* a cui si è già accennato i paradigmi interpretativi di Rotelli sono però altri. Qui infatti si esprime l'esigenza che un circostanziato « esame delle vicende ministeriali e parlamentari » sottoponga a verifica il « luogo comune » per cui « lo Statuto albertino, non appena emanato, fu subito applicato contro la sua lettera, cioè nel senso di una monarchia parlamentare » ⁽⁹⁰⁾, mettendo allo stesso tempo prontamente in guardia da facili semplificazioni e repentini rovesciamenti interpretativi: « Non accadde per vero nemmeno l'opposto: che la Corona prescindesse sistematicamente dagli orientamenti e dalle maggioranze del Parlamento nel formare il ministero, che il governo fosse solo il governo del Re, anziché quello espresso dalla Camera, che le crisi di governo si determinassero per solo volere delle monarchia [...]. Ma non è sufficiente la mancanza di rigidità nell'applicazione del regime costituzionale puro a legittimare il giudizio che si versasse senz'altro nel regime parlamentare, più o meno perfetto » ⁽⁹¹⁾.

Ultimamente, come si è già accennato, Rotelli è tornato sulla questione delle forme di governo di epoca costituzionale, con importanti riflessioni sul carattere ancora 'non' parlamentare, sia della forma di governo britannica del XVIII secolo, prendendo sul punto le distanze dalla oleografia costituzionale del secolo successivo ⁽⁹²⁾, sia di quella scaturita in Francia dalla Rivoluzione del 1789 ⁽⁹³⁾. Attraverso la

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 465.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, p. 467.

⁽⁹⁰⁾ ROTELLI, *L'organizzazione costituzionale nella storiografia del secondo dopoguerra*, cit., pp. 28-30.

⁽⁹¹⁾ Ivi, p. 30.

⁽⁹²⁾ Cfr. ROTELLI, *La forma di governo britannica fra 1689 e 1784*, cit., soprattutto p. 70.

⁽⁹³⁾ Cfr. ROTELLI, *La monarchia costituzionale della Rivoluzione francese (1789-1792)*, cit., in part. pp. 213-215, dove si sostiene come nemmeno la Costituente francese avesse conferito al Parlamento il potere di revocare direttamente i ministri. Fondamentale è il punto in cui Rotelli asserisce che l'attribuzione a Luigi XVI del veto sospensivo e reiterabile non sia in alcun modo da sottovalutare: « un veto [sospensivo] siffatto, beninteso applicato, [che] non determina semplice ritardo di entrata in vigore della legge, ma assoggettamento della decisione a tre legislature, oltretutto mai identiche nel personale politico, [...] è capace [...] di effetti sconvolgenti » (ivi, pp. 168-9). Secondo Rotelli le prerogative regie nella Costituzione del 1791 erano a ben vedere « affatto influenti » (cfr. p. 247), imprimendo un carattere fondamentalmente 'dualistico' alla costituzione del 1791 (cfr. in part. *ibidem*, p. 226), e questo anche nonostante che: *a*) che l'iniziativa legislativa fosse riservata in via esclusiva ai rappresentanti della nazione (p. 191); *b*) che a Luigi XVI fosse stata negata quella prerogativa di sciogliere l'assemblea

riconsiderazione analitica di queste esperienze storico-politico-costituzionali, e evitando accuratamente ogni formalistica sottovalutazione del valore della consuetudine come fonte del diritto ⁽⁹⁴⁾, Rotelli individua stavolta in modo puntuale ed esplicito la differenza essenziale tra monarchia costituzionale e monarchia parlamentare proprio a partire dalla considerazione del mutamento di ruolo e di funzione del parlamento: « un parlamento costituzionalmente ineludibile nella determinazione della legge, ma escluso dalla revoca e nomina dei ministri [...], è altro da un parlamento che, oltre a detenere tale potestà legislativa, abbia la facoltà di produrre in qualsiasi momento, con votazione ad hoc, l'effetto giuridico delle dimissioni obbligatorie del *cabinet* e della sostituzione del medesimo (o almeno del 'primo ministro'). E altro ancora, a maggior ragione, da un parlamento che possa non solo estromettere i ministri in carica, comunque nominati, ma anche 'designare', vincolando la Corona, il governo da nominare o addirittura 'eleggerlo' », laddove però, sente immediatamente il bisogno di precisare, è « la seconda fattispecie, per chiamarla così, [ad essere] conseguente alla prima, non viceversa » ⁽⁹⁵⁾.

La esortazione di Rotelli degli anni Settanta a misurarsi, sistematicamente e criticamente, con il puntuale « esame delle vicende ministeriali e parlamentari » dell'Italia liberale è stata nel frattempo messa alla prova delle fonti da Roberto Martucci, pervenendo infine alla conclusione che « l'esistenza tumultuosa di una Camera elettiva a legittimazione debole » non poteva certo essere sufficiente a « determinare

che invece all'epoca ancora deteneva il monarca inglese (p. 192), e infine *c*) che il diritto di decidere sulla pace e sulla guerra potesse essere esercitato nella forma del decreto, sia secondo l'atto costituzionale del 22-27 maggio 1790, sia secondo la Costituzione del 1791, 'solo' dall'assemblea legislativa, anche se su proposta del re (ivi, pp. 204-05).

⁽⁹⁴⁾ Cfr. ROTELLI, *La forma di governo britannica fra 1689 e 1784*, cit., in part. pp. 71: « non necessariamente deve trattarsi però — e non si tratta, invero — di norme scritte ché pari efficacia formale acquistano fonti di diritto, come le consuetudini, che postulano la ripetizione nel tempo di azioni o omissioni comunque ritenute vincolanti ».

⁽⁹⁵⁾ Ivi, p. 72. Esattamente nello stesso senso anche le affermazioni di Rotelli alle pp. 48 (« si qualificherà 'pura' la monarchia costituzionale non (ancora) 'contaminata' dal potere del parlamento di decidere la sorte del governo in carica »), e pp. 64-5 (dove si afferma che in una monarchia costituzionale quale quella britannica di età moderna « la 'supremazia' del parlamento, se c'è, quando c'è, finché c'è, non è costituzionale, ma politica, soggetta, pertanto, a variazione continua e persino inversione, sia per il contesto, a sua volta mutevole, in cui ogni vicenda si svolge, sia per la diversa abilità personale dei suoi protagonisti »), e che qui « la 'supremazia' è 'misura' della politica, non del diritto ». Implicitamente nella stessa direzione interpretativa di Rotelli si era mosso anche Fabrizio Rossi, nel suo lavoro sulle origini ed il significato dell'istituto della fiducia preventiva accordata dal parlamento al governo appena nominato (cfr. F. Rossi, *La fiducia preventiva nel sistema statutario*, in « Storia, Amministrazione, Costituzione », 6/1998, pp. 51-97), arrivando alla conclusione che lo stabilizzarsi dell'istituto della fiducia preventiva non possa in alcun modo da solo essere interpretato come segno della parlamentarizzazione del sistema politico nel senso della supremazia della Camera elettiva sulla Corona (ivi, p. 96, n. 126).

definitivamente la centralità del Parlamento nel sistema costituzionale italiano », e che « la massima ‘regna ma non governa’ è servita, più che altro, a coprire politicamente la Corona »⁽⁹⁶⁾. Per tale ragione, « l’esperienza sardo-italiana potrebbe configurarsi come una transizione incompiuta da una monarchia costituzionale pura [...] a un modello ibrido non chiaramente messo a fuoco fino ad oggi dalla scienza costituzionale », un ibrido comunque « più vicino all’esperienza governativa orleanista (1830-1848) contaminata con quella prussiana, che non all’esperienza inglese del sistema di gabinetto »⁽⁹⁷⁾.

Segnali inequivocabili di insoddisfazione nei confronti della tradizionale classificazione come parlamentare del regime rappresentativo italiano Martucci aveva lanciato peraltro già in un suo precedente lavoro⁽⁹⁸⁾. Senza entrare nel merito dei meccanismi storiografici che hanno portato alla ripetizione acritica del *topos* della compiuta parlamentarizzazione dell’Italia liberale, che peraltro non troverebbe conferma alcuna nelle « fonti debitamente analizzate »⁽⁹⁹⁾, egli aveva già qui enucleato le motivazioni concrete per cui gli risultava sempre più dubbio continuare a trasferirlo apertamente nella letteratura: i « ministri concepiti più come consiglieri della Corona che come parte di un autonomo potere esecutivo »⁽¹⁰⁰⁾, la frequenza dei consigli dei ministri presieduti personalmente dal re⁽¹⁰¹⁾, le numerose deleghe legislative in bianco conferite dalla rappresentanza popolare al governo, il ripetersi della « bizzarria del doppio incarico di formare il governo » da parte del monarca⁽¹⁰²⁾, i lunghi periodi in cui le Camere restarono chiuse in momenti cruciali per la vita del paese⁽¹⁰³⁾, il licenziamento del Minghetti al di fuori del voto parlamentare⁽¹⁰⁴⁾, etc. Partendo da sottolineature di questo peso era solo logico arrivare a parlare della « supremazia costituzionale del re nel sistema statutario dei poteri

⁽⁹⁶⁾ MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 27.

⁽⁹⁷⁾ Ivi, p. 42.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. R. MARTUCCI, *L’invenzione dell’Italia unita. 1855-1864*, Milano 1999, in part. i capitoli VII e VIII rispettivamente dedicati a “Il governo del Re” e “Larghe e forti istituzioni rappresentative?”.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 364, ma nello stessa direzione anche pp. 363 (dove si mette in discussione la stabilità della supremazia del *premier* all’interno della collegialità amministrativa), 366 (dove si parla di « un sistema politico perennemente in bilico tra una incompleta parlamentarizzazione dell’esecutivo e il suo essere tutt’ora ‘governo del re’ »), e infine 373 (in cui si attacca il « formalismo degli esegeti, che hanno preferito leggere l’intera esperienza liberale sardo-italiana in termini di compiuta parlamentarizzazione, adagiandola nel letto di Procuste del governo di gabinetto »).

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, p. 345.

⁽¹⁰¹⁾ Ivi, pp. 359 ss.

⁽¹⁰²⁾ Ivi, pp. 352.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, pp. 388-391. Cfr. a questo proposito anche R. MARTUCCI, *Un Parlamento ritrovabile? Sulle tracce del sistema rappresentativo sardo-italiano in regime statutario 1848-1915*, in MANCA e LACCHÈ (a cura di), *Parlamento e Costituzione*, cit., pp. 127-174.

⁽¹⁰⁴⁾ MARTUCCI, *L’invenzione dell’Italia unita*, cit., p. 352.

pubblici » ⁽¹⁰⁵⁾ e di « incerta posizione del primo ministro nel sistema statutario » ⁽¹⁰⁶⁾.

Lasciamo però ora definitivamente da parte la questione se effettivamente la costituzione materiale del Regno di Sardegna prima e del Regno d'Italia poi possa essere catalogata, come faceva la dottrina costituzionalistica dell'epoca, come un regime parlamentare. La questione è evidentemente da dirimere solo in sede di un approfondito e sistematico esame storico-politico-costituzionale dei rapporti tra parlamento e governo monarchico nel lungo periodo preso in considerazione. Nel contesto di una riflessione sulla 'cultura costituzionale come elemento della storia costituzionale', quale quella che ha dato occasione a queste considerazioni ⁽¹⁰⁷⁾, l'obiettivo assai più limitato perseguito è di comprendere cosa precisamente intendessero le dottrine costituzionalistiche dell'epoca con l'espressione di 'governo parlamentare'. Intendevano esse con ciò effettivamente la stessa cosa che noi intendiamo oggi, e cioè: un sistema politico-istituzionale in cui la maggioranza parlamentare, da cui provengono sia il presidente del Consiglio che i singoli ministri, non solo determina l'indirizzo politico complessivo attraverso la legislazione ed il controllo politico e finanziario del governo e dell'amministrazione, ma interviene anche, legittimamente e sistematicamente, qualora sia venuto meno il rapporto di fiducia che la lega al governo in carica, a revocare quest'ultimo con una formale mozione di sfiducia? E questo senza che il parlamento debba più temere che il capo dello Stato possa agitare come deterrente o usare per ritorsione il suo potere di scioglierlo o di sospenderne i lavori?

Qualora infatti dovesse emergere che l'uso ottocentesco, anche quello giuridico-colto, della locuzione 'governo parlamentare', non necessariamente aveva presente una struttura e una dinamica politico-istituzionale corrispondente a quella di un sistema parlamentare di governo quale lo intendiamo oggi e quale però era stato instaurato anche in Inghilterra dal 1867, in altre parole un sistema politico-istituzionale in cui il conflitto fondamentale non è più tra il parlamento e il monarca e/o il 'suo' governo, ma si è ormai spostato all'interno del parlamento, e per il cui funzionamento è imprescindibile, sia « l'esistenza di partiti organizzati, che facilitano la formazione della maggioranza parlamentare » e « rappresentano il collegamento tra parlamento e governo », sia un « alto grado di omogeneità e di comportamento solidale all'interno del gabinetto » ⁽¹⁰⁸⁾, diverrebbe evidente la necessità

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, p. 354.

⁽¹⁰⁶⁾ Ivi, p. 12.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. in merito quanto avvertito sopra alla nota 1.

⁽¹⁰⁸⁾ Per questa definizione cfr. VON BEYME, *Die parlamentarischen Regierungssysteme in Europa*, cit., pp. 42-43 e inoltre ID., *Repräsentatives und parlamentarisches Regierungssystem. Eine begriffsgeschichtliche Analyse*, cit., in part. pp. 407-08.

di usare maggiore cautela nel riprendere pedissequamente la terminologia usata in epoca liberale.

Nel far ricorso alla locuzione in questione la dottrina costituzionale di epoca liberale, che data la arretratezza del diritto costituzionale positivo ⁽¹⁰⁹⁾ non poteva contare su approfonditi e rigorosi studi struttural-funzionali di tipo comparatistico su ruolo e funzioni del parlamento, potrebbe avere in qualche modo 'costretto' in una definizione una realtà che non le corrispondeva, 'intervenedo' così concretamente, ovviamente con le armi della scienza e dell'ideologia, sulla costituzione materiale dello Stato ⁽¹¹⁰⁾.

Non solo, la 'direzione' di questo intervento potrebbe non essere stata unica. Esso potrebbe certo avere tratto la sua motivazione, come si è già accennato in relazione al progetto politico cavouriano ⁽¹¹¹⁾, dal tacito fine di 'avvicinare' maggiormente la costituzione materiale dello Stato alla forma di governo parlamentare evocata, contribuendo così ad una più rapida naturalizzazione delle nuove istituzioni costituzionali-rappresentative nel giovane stato costituzionale sardo-italiano, e questo potrebbe essere stato l'obiettivo degli 'amici' del sistema parlamentare di governo. Esso potrebbe però anche essere stato messo in atto con il malcelato intento di ricacciare indietro la prospettiva, sentita incombente, che fosse instaurato un governo veramente parlamentare al posto di quello genericamente moderno-rappresentativo disegnato dallo Statuto, e questo potrebbe essere stato l'obiettivo dei 'nemici' del sistema parlamentare e dei partiti che ormai giocano in esso un ruolo di primo piano.

Per quanto riguarda in particolare questa seconda possibilità, che è poi quella di cui si porteranno due esempi ritenuti sufficientemente rappresentativi, si può anche dire, in altre parole, che in Italia, le forze politiche e intellettuali che auspicavano, proprio come nel resto d'Europa, un rafforzamento del polo monarchico-governativo del dualismo costituzionale, e che però non osavano mettere sul tappeto la questione eminentemente politica del rinvigorismento, in funzione antiparlamentare, dei tradizionali poteri monarchici di origine precostituzionale in modo così inequivocabile come la pose ad esempio Sonnino ⁽¹¹²⁾, non

⁽¹⁰⁹⁾ In favore della nascita di una « scienza del Diritto pubblico positivo di uno Stato determinato », da cui fosse espunta « la parte generale, che alla scienza nostra [ancora] rimane », spezzava una lancia Vittorio Emanuele Orlando ancora nella seconda edizione (Firenze 1894) dei suoi *Principii di diritto costituzionale* (cfr. alle pp. 30-31).

⁽¹¹⁰⁾ Sul « rapporto complesso » intrattenuto dai giuristi « con la contestualità politico-istituzionale e sociale » vd., tra i lavori di P. COSTA sull'argomento, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari 1990, pp. 89-145.

⁽¹¹¹⁾ Vedi sopra in corrispondenza della nota 53.

⁽¹¹²⁾ Cfr. S. SONNINO, *Torniamo allo Statuto* (1897), in *Scritti e discorsi extraparlamentari 1870-1902*, I, Bari 1972, pp. 575-597. Secondo Rotelli, Sonnino avrebbe lanciato i suoi strali direttamente contro il parlamentarismo, in quanto primo respon-

potevano che prendere le mosse, nell'esorcizzare la stigmatizzata 'onnipotenza' della camera elettiva ⁽¹¹³⁾, dal presupposto che un governo parlamentare fosse già stato realizzato. Un presupposto in realtà tutto da dimostrare, in un sistema politico-istituzionale in cui la figura del monarca era ancora tutt'altro che meramente esornativa, in cui non si era ancora consolidato 'nel paese' un moderno sistema di partiti organizzati da cui discendesse o a cui risalisse la contrapposizione parlamentare di maggioranza e minoranza ⁽¹¹⁴⁾, e, soprattutto, in cui ad influenzare e addirittura a determinare la composizione della coalizione di maggioranza, era, e in modo particolare dopo il decreto regio del 25 agosto 1876, la figura del presidente del Consiglio ⁽¹¹⁵⁾, mettendo tra

sabile dell'avvenuta riduzione del prestigio e del potere effettivo della Corona, intendendo però così minare alla base, non tanto il potere dell'assemblea elettiva, quanto piuttosto quello del Presidente del Consiglio, che di quella riduzione di prestigio e di potere si sarebbe proporzionalmente avvantaggiato e la cui figura istituzionale sarebbe stata troppo meccanicamente e frettolosamente identificata con il capo del partito di maggioranza in parlamento (cfr. ROTELLI, *La Presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., p. 208).

⁽¹¹³⁾ Sul tendenziale ridursi nel dibattito politico e giuridico della seconda metà dell'Ottocento del tema dell'onnipotenza parlamentare di caratteristica ascendenza inglese a quello dell'onnipotenza della sola camera elettiva, e questo particolarmente in concomitanza con l'inizio dei lavori legislativi preparatori all'allargamento del suffragio del 1882, si veda ora MAZZANTI PEPE, *Profilo istituzionale dello Stato italiano*, cit., in part. pp. 19, 31 ss., 40-1, 145-48 e *passim*.

⁽¹¹⁴⁾ Sulle dinamiche che presiedettero al lento radicarsi e consolidarsi dei partiti liberali italiani anche 'nel paese', al loro darsi cioè un'organizzazione anche extraparlamentare dopo che sia la Sinistra sia la Destra erano nate primariamente in parlamento, cfr. ULLRICH, *Ragione di stato e ragione di partito*, cit., in part. p. 144). Qui Ullrich non manca tuttavia di ricordare come intorno agli anni '80 in campo liberale si lamentasse contemporaneamente, da un lato la « malattia » che avrebbe afflitto « tutti i Parlamenti d'Europa », vale a dire « il [loro] frazionamento sempre crescente in partiti » e « la minaccia che l'organizzazione partitica costituiva per la figura-modello del parlamentare indipendente di giudizio » e che risponde solo alla sua coscienza (ivi, p. 109), e dall'altro però anche, in contrasto con la diffidenza tipicamente liberale verso il moderno partito organizzato, la tensione, peraltro mai coronata da successo, di arrivare ad « un [unico, grande] partito liberale » o a « dei partiti liberali » (ivi, p. 108). Sulla grande difficoltà incontrata dal tema del partito a penetrare nella tradizionale cultura storico- e giuridico-costituzionale italiana sino al secondo dopoguerra del XX secolo vd. anche F. BONINI, *Problemi di storia costituzionale*, in « Rivista di storia contemporanea », XVI, 1987, 2, pp. 266-290, in part. p. 279. Della « insanabile contraddizione » di cui sarebbe stata espressione il 'giolittismo', con « da un lato la rivendicazione della centralità della Camera elettiva, [e] dall'altro il rifiuto di un sistema parlamentare strutturato in partiti che si alternano al potere », parla anche F. ROSSI, *La fiducia preventiva nel sistema statutario*, in « Storia, Amministrazione, Costituzione », 6/1998, pp. 51-97, qui p. 79 e 95; sulla questione è però d'obbligo il rinvio al noto studio di P. POMBENI, *Trasformismo e questione del partito*, in *La trasformazione politica nell'Italia liberale. 1870-1890*, Bologna 1986, pp. 245-254.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. a questo proposito REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, cit., p. 93: « Compare [...] insieme al trasformismo, una fisiologia costante della storia parlamentare italiana: la mediazione. Solo che la mediazione non è esercitata all'interno dell'assemblea dai leader

l'altro in circolo quel sistema di « illegittime influenze del governo » sui singoli deputati che costituì certo uno dei tratti caratteristici di formazione delle maggioranze sotto il trasformismo ⁽¹¹⁶⁾.

Andare a verificare se alla 'costruzione' del postulato su cui poggiava peraltro l'antiparlamentarismo, il postulato cioè che effettivamente ci si trovasse di fronte ad un governo 'parlamentare', non abbia di fatto dato un contributo fondamentale la dottrina giuridico-costituzionale dell'epoca, non significa certo affermare che quest'ultima si sia posta attivamente al seguito e a sostegno di quella critica. Come si avrà modo di apprendere dai lavori dei due giurubblicisti qui esaminati, da quella critica, al contrario, la dottrina giuridico-costituzionale, soprattutto a parole, non perse occasione di prendere le distanze. È però evidente che dal dilagare dell'antiparlamentarismo la dottrina giurubblicistica non poteva che trarre un inconfessabile vantaggio: finché quello avesse imperversato con i suoi estremismi verbali e la sua carica dissacrante, questa avrebbe potuto proseguire indisturbata nello svolgimento della sua funzione di giustificazione e legittimazione dello *status quo*, sottraendo nello stesso tempo terreno utile e prospettiva di sviluppo a quella scienza e a quella politica che avessero sinceramente a cuore non solo la 'costituzionalizzazione', intesa restrittivamente nel senso di 'giuridicizzazione' della vita civile e politico-istituzionale, ma anche la parlamentarizzazione dello Stato.

Il principio per cui senza il rispetto effettivo dei poteri e delle competenze espressamente riconosciuti all'istituzione parlamentare

dei gruppi e dei partiti, ma dal capo dell'esecutivo, la cui funzione viene in tal modo radicalmente trasformata. Ciò che caratterizza la storia parlamentare dalla caduta della Destra a tutta l'età giolittiana — come è stato spesso rilevato — è stata la tendenza ascendente non del potere esecutivo, ma del presidente del Consiglio, che accentua il suo ruolo di Grande Mediatore. Da ciò deriva la formazione di maggioranze artificiali e precarie, dipendenti dall'abilità del capo del governo, non dal progetto della maggioranza » (p. 93). Sul rafforzarsi della figura del presidente del Consiglio quasi esclusivamente nel suo ruolo di « mediatore » anziché di « leader » parlamentare anche ivi, p. 100. Il ruolo del decreto del 1876 è sottolineato anche da POMBENI, *Partiti e sistemi politici nella storia contemporanea*, cit., p. 455: « grazie ad esso la presidenza del Consiglio acquisiva una sua configurazione autonoma, diveniva il perno del sistema politico italiano. La legge aveva una sua valenza difensiva contro le ingerenze della monarchia, ma metteva anche il presidente del Consiglio nella posizione di colui che poteva costruirsi una maggioranza parlamentare e che dunque diveniva automaticamente capo di un partito governativo ».

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. a questo proposito le considerazioni svolte da un ex-deputato della Sinistra, Simonelli, in una lettera a Cocco-Ortu del 1899 (cit. da ULLRICH, *Ragione di stato e ragione di partito*, cit., pp. 164-166). Sulla coalizione di governo composta dal primo ministro su base essenzialmente personalistica, come frutto essenzialmente della sua opera di mediazione, sino all'introduzione dei gruppi parlamentari omogenei previsti dal nuovo regolamento della Camera del 1920 e all'ancora precedente introduzione del proporzionale nel 1919, cfr. AMBROSINI, *La trasformazione del regime parlamentare e del governo di gabinetto*, cit., p. 196.

dalla costituzione non si sarebbe potuti giungere ad una vera costituzionalizzazione dello Stato, un principio assolutamente incontestato nell'ambito della dottrina giuspubblicistica tedesca liberale di epoca *konstitutionell* ⁽¹¹⁷⁾ e da questa generalmente sintetizzato nella opzione per un vero *Rechts- und Verfassungsstaat* ⁽¹¹⁸⁾, sembra avere dispiegato una forza di attrazione di gran lunga inferiore nella dottrina giuridica liberale italiana; una dottrina in genere non particolarmente attenta alla difesa dell'autonomia e dei poteri del parlamento e in particolare della sua camera elettiva. A riprova di ciò basti qui rinviare ai giudizi di Giorgio Arcoleo, di cui si riferirà tra poco, ma non si possono passare sotto silenzio nemmeno le appassionante critiche mosse da Brusa al parlamento italiano: esso si sarebbe concentrato principalmente sul controllo del bilancio, preoccupandosi invece poco di quello che era il suo diritto originario e inalienabile di frenare e di controllare il potere dell'esecutivo ⁽¹¹⁹⁾, mostrandosi « sempre molto più sensibile alle libertà politiche [...] che alle libertà personali e sociali » ⁽¹²⁰⁾.

Anche in considerazione di quanto si è appena detto in riferimento allo scarso attaccamento generalmente mostrato dai nostri giuristi liberali verso l'istituzione parlamentare, è senz'altro utile, oltre che necessario, ancora prima di andare a verificare se effettivamente all'uso della locuzione governo parlamentare largamente corrente nella pubblicistica corrispondesse effettivamente la 'cosa', sottoporre ad un esame più attento il linguaggio e la terminologia da essa utilizzata, e cioè verificare se almeno nell'ambito della riflessione colta ci si fosse già posti il problema dei caratteri distintivi di un governo parlamentare e di cosa differenziasse sostanzialmente quest'ultimo dall'altro tipo di governo rappresentativo, e cioè da quello cosiddetto costituzionale puro.

Nel condurre questa disamina si terrà fermo il punto di vista che si è esposto all'inizio di queste note, e cioè che l'utilizzo della locuzione governo parlamentare è quantomeno discutibile se riferita ad un sistema politico-costituzionale che preveda o ammetta il ricorso monarchico-governativo al potere *a)* di dimissionare e di nominare i ministri, *b)* di sciogliere la Camera elettiva del Parlamento e *c)* di opporre il veto alle leggi, insomma ai « tre atti principali della prerogativa regia » di cui parlava anche Luigi Palma ⁽¹²¹⁾. Sono infatti questi in Italia i poteri che, al di là del limite formale rappresentato per il monarca dalla presenza di una costituzione scritta, gli consentivano in momenti di crisi di

⁽¹¹⁷⁾ Cfr., al posto di tante citazioni, il fondamentale E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin 1981², in part. pp. 178-205.

⁽¹¹⁸⁾ Sulla sua realizzazione nella Prussia monarchico-costituzionale cfr. MANCA, *La sfida delle riforme*, cit., *passim*.

⁽¹¹⁹⁾ BRUSA, *Das Staatsrecht des Königreichs Italien*, cit., p. 191.

⁽¹²⁰⁾ Ivi, p. 183.

⁽¹²¹⁾ Cfr. sopra in corrispondenza della nota 21.

ignorare il ruolo politico, sia legislativo che di controllo dell'esecutivo, riconosciuto alla rappresentanza popolare dalla costituzione, e di recuperare così una libertà d'azione paragonabile solo a quella di cui aveva goduto in epoca precostituzionale.

Si assume in merito, cioè, il punto di vista del grande storico e giurista costituzionale tedesco di orientamento conservatore Ernst Rudolf Huber secondo cui « solo » i poteri di prerogativa regia, che lui chiama « existentielle Vorbehalte », « determinano la differenza sostanziale che separava il costituzionalismo dal parlamentarismo » ⁽¹²²⁾, mentre in molta storiografia dei giorni nostri, del tutto specularmente a quanto avveniva nell'Italia liberale, si continua imperturbabilmente a parlare di sistema parlamentare di governo anche in presenza di una prerogativa regia ancora pienamente operativa e generalmente riconosciuta come legittima. Una prerogativa regia che poneva il polo monarchico-governativo in grado, non solo di rendere superfluo o addirittura vano il potere del parlamento di influire in modo determinante nel varo delle leggi e nella nomina e/o licenziamento del governo in carica, mutilandone così irrimediabilmente l'autonomia d'azione e decisionale, ma addirittura di negarne il diritto all'esistenza attraverso il potere di sciogliere l'assemblea o di sospenderne le sedute.

I due esempi della cultura politico-giuridica colta qui esaminati sono evidentemente ritenuti alquanto significativi del modo e del senso in cui la locuzione di governo parlamentare circolava in epoca liberale. A vaglio critico saranno infatti sottoposte due trattazioni di insigni giuristi: una di Vittorio Emanuele Orlando, giuspubblicista ma anche, a partire dal 1897, attivamente impegnato in politica, e una di Giorgio Arcoleo, come Orlando grande costituzionalista e, a partire dal 1882, pure come Orlando, prestatore alla politica. Le trattazioni prese in considerazione, che rappresentarono a lungo punti fermi di riferimento per la letteratura storico-politico-giuridica colta, risalgono nel loro nucleo originario agli anni Ottanta del XIX secolo; un periodo, è stato detto, di « svolta » e di « profonde trasformazioni sociali e politiche » ⁽¹²³⁾, ma soprattutto e più in particolare un periodo in cui in Italia più che mai vivace si fece il dibattito sulla possibilità che il gabinetto

⁽¹²²⁾ Cfr. E.H. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, in 7 volumi, ma in particolare il vol. III: *Bismarck und das Reich*, Nachdruck der zweiten, verbesserten Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978, qui p. 18. Anche secondo KÜHNE però (*Volksvertretungen im monarchischen Konstitutionalismus [1814-1918]* cit.), « il parlamentarismo si caratterizza per la superiorità legislativa, finanziaria e nella gestione del bilancio e la determinazione del governo da parte del corpo legislativo » (p. 57), e il potere monarchico di convocare e sciogliere le camere, sino a che è detenuto da un capo dello stato che come il monarca costituzionale ha una fonte di legittimazione diversa da quella della rappresentanza parlamentare, l'elezione popolare, rappresenta un indubbio strumento di freno del potere del parlamento (p. 51).

⁽¹²³⁾ MAZZANTI PEPE, *Profilo istituzionale dello Stato italiano*, cit., pp. 19 e 59.

potesse assumere un nuovo ruolo come 'comitato esecutivo' della maggioranza della Camera (124).

2. *Governmento parlamentare e governo di gabinetto in V. E. Orlando e G. Arcoleo.*

Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952), il costituzionalista che in Italia ebbe un ruolo speculare a quello svolto da Paul Laband in Germania nella introduzione del cosiddetto metodo giuridico (125), affrontò la questione del governo parlamentare principalmente in un lavoro del 1886 dal titolo *Studi giuridici sul governo parlamentare* (126).

Del governo parlamentare Orlando affermava di voler intraprendere uno «studio giuridico», uno studio cioè che ne mettesse in evidenza l'«organizzazione» interna ed i «veri» principi fondamentali, lasciando invece alla politica la considerazione della sua «azione» e interazione con la realtà esterna storicamente determinata. Alla politica spettava pure, secondo Orlando, la considerazione e la critica di una eventuale degenerazione e/o «cattiva» applicazione dei principi e delle regole di funzionamento del governo parlamentare (127), come dire insomma che mai e poi mai i contenuti della critica antiparlamentare avrebbero dovuto interessare il giurista.

L'obiettivo di Orlando era soprattutto quello di mostrare lo scarso contenuto giuridico e quindi l'approssimatività dal punto di vista del giurista del concetto di governo parlamentare, passando per una rilettura critica, o forse meglio sarebbe dire una certossina opera di *démontage* di quelli che, secondo la vulgata del tempo, ne sarebbero stati gli assi portanti e le caratteristiche essenziali. L'operazione, che a

(124) Ivi, p. 35 e sempre in merito si vedano sotto nel testo le considerazioni critiche di V. E. Orlando intorno alla n. 146.

(125) Con esso, com'è noto, si volevano introdurre i criteri di analisi del diritto privato nel campo del diritto pubblico, considerato all'epoca ancora fortemente intriso di riflessioni di carattere filosofico e storico-politico; cfr. in merito V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico. Contributo alla storia del diritto pubblico italiano nell'ultimo quarantennio 1885-1925*, Modena 1925, pp. 1-31 (contenente anche una "Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885"), ora in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, ristampa inalterata, Milano 1954, pp. 3-22 e 23-37. Alquanto critico nei confronti della proposta metodologica di Orlando, GALIZIA, *Profili storico-comparativi*, cit., pp. 84-89.

(126) V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, originariamente in «Archivio giuridico», vol. XXXVI, Bologna 1886, in seguito ripubblicato in ORLANDO, *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 345-415.

(127) In particolare sulla distinzione tra «organizzazione», «ordinamento» dello Stato da un lato, e la sua «azione» dall'altro, come oggetti rispettivamente della scienza del diritto pubblico e della politica, ivi, pp. 353 e 355. Sulla distinzione orlandiana tra ordine giuridico e ordine politico vd. L. MANGONI, *Giuristi e politica. Il diritto come suppletiva*, in SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia*, cit., pp. 303-340, in part. pp. 303-08.

differenza di quanto si potrebbe desumere dall'enunciazione metodologica di intenti fatta all'inizio, non è condotta in modo sistematico (rendendo talvolta assai impervio il terreno della sua interpretazione), comincia contestando direttamente le cosiddette « caratteristiche peculiari » del governo parlamentare e mira a (di)mostrare scientificamente come il cosiddetto governo parlamentare sia una creazione « arbitraria »⁽¹²⁸⁾, priva cioè di fondamento giuridico e quindi anche di rispondenza con la cosa che vorrebbe denominare. Ciò che effettivamente esiste per Orlando non è infatti il governo parlamentare, ma qualcos'altro, vale a dire più precisamente, il governo di gabinetto. Ma questo è quanto il lettore è posto nella condizione di desumere da sé solo in prossimità della fine dell'intricata argomentazione orlandiana che qui sarà ricostruita nei suoi snodi essenziali.

Prendendo le mosse da una ancora oggi attuale critica della teoria della divisione dei poteri di Montesquieu, teoria ritenuta profondamente « erronea »⁽¹²⁹⁾, Orlando comincia sottoponendo a vaglio critico l'opinione corrente nel dibattito scientifico del tempo per cui il governo parlamentare avrebbe: 1) come suo potere centrale e superiore quello legislativo, 2) come massimo organo dello Stato, il Parlamento, che esercita quel potere e da cui promana l'atto legislativo, 3) come strumento tecnico di espressione della volontà del parlamento la 'legge', 4) come suo principio caratteristico il fatto che il « Ministero si costituisce dietro l'indicazione della Camera e sta in vita finché questa gli conserva fiducia »⁽¹³⁰⁾.

Sul primo punto. Per Orlando, non essendo possibile distinguere nettamente l'uno dall'altro i tre poteri dello Stato senza intaccare la sua unità organica⁽¹³¹⁾, non può di conseguenza essere nemmeno vero che il potere legislativo è il potere « sovrano », il potere a cui « tutti gli altri si devono inchinare e obbedire »⁽¹³²⁾.

Parimenti non vera giuridicamente è l'affermazione per cui il potere legislativo può essere considerato affidato al solo parlamento, secondo il principio per cui « la funzione si denomina dal potere che l'adempie »⁽¹³³⁾. A emanare l'atto legislativo, con cui peraltro secondo Orlando non si crea diritto nuovo ma si riveste di forma di legge il diritto che già esiste nello spirito del popolo⁽¹³⁴⁾, interviene, si sotto-

⁽¹²⁸⁾ Così letteralmente ivi, p. 351.

⁽¹²⁹⁾ Ivi, pp. 356-361.

⁽¹³⁰⁾ Ivi, pp. 370-371.

⁽¹³¹⁾ Ivi, p. 361, n. 1 e p. 362.

⁽¹³²⁾ Ivi, pp. 366 e 367.

⁽¹³³⁾ Ivi, p. 372.

⁽¹³⁴⁾ Per Orlando il diritto è « una manifestazione organica della vita dei popoli, come il pensiero, come la lingua » (ivi, p. 375), e il legislatore quindi « trova, non crea » il diritto (p. 376), giocando nella raccolta e nella elaborazione del diritto un ruolo tra gli altri e « neppure [...] [il] più importante... » (p. 377).

linea rendendo giustizia al carattere monarchico-costituzionale dello Stato italiano, il Re non meno del Parlamento ⁽¹³⁵⁾. La camera legislativa non è del resto nemmeno l'unico organo con cui l'opinione pubblica fa sentire la sua voce, avverte inoltre Orlando, portando l'esempio della stampa, dello studio scientifico, delle associazioni, etc. ⁽¹³⁶⁾.

Sull'asserzione di cui al punto 3), poi, il giurista siciliano afferma che la corrispondenza tra parlamento e legge, intesa quest'ultima come norma di diritto pubblico, non sempre è vera, anzi. Partendo dalla distinzione tra leggi proprie e leggi improprie, con cui si riprende pari pari la distinzione tra legge in senso formale e legge in senso materiale portata in auge da Laband ⁽¹³⁷⁾, e intendendo con il secondo elemento della distinzione le leggi emanate sì dal parlamento ma non contenenti in realtà alcuna norma generale di diritto ma piuttosto un atto amministrativo o di governo (ne sarebbe un esempio classico la legge di bilancio ⁽¹³⁸⁾), si può secondo Orlando arrivare ad affermare che tra le leggi emanate dal Parlamento in realtà sono più numerose quelle improprie che quelle proprie ⁽¹³⁹⁾.

Anche per questa via Orlando offre nuova conferma a quanto già asserito nella contestazione del primo punto, l'impossibilità cioè di scindere nettamente tra governo e legislazione: attraverso la legge di bilancio è infatti consentito al Parlamento di influire direttamente anche sul governo dello Stato ⁽¹⁴⁰⁾, come, del resto, « per via del diritto d'ordinanza, avviene che l'attività del così detto potere esecutivo si espliciti in un senso che in sostanza appartiene all'ordine legislativo » ⁽¹⁴¹⁾. Al contrario del pur moderato Palma ⁽¹⁴²⁾, Orlando preferisce soprassedere sul fatto che lo Statuto non avesse assegnato al monarca italiano alcun potere di ordinanza che gli permettesse in qualche modo di legiferare da solo, provvisoriamente e con la riserva che l'atto legislativo fosse al più presto sottoposto all'approvazione della rappresentanza popolare, lasciando emergere la sua indifferenza per il valore del diritto costituzionale positivo vigente e quindi per la dimensione della legalità e della costituzionalità dell'agire degli organi dell'esecutivo. In un contesto di generale messa in discussione di quella « meccanica concezione della divisione dei poteri posta come base della nozione giuridica del governo parlamentare » ⁽¹⁴³⁾, Orlando perviene così ad un'altra affermazione che finisce per minare definitivamente alla

⁽¹³⁵⁾ Ivi, pp. 378-379.

⁽¹³⁶⁾ Ivi, p. 378.

⁽¹³⁷⁾ Ivi, nota a p. 381.

⁽¹³⁸⁾ Ivi, p. 380 e, soprattutto, nota 1 a p. 382.

⁽¹³⁹⁾ Ivi, p. 380.

⁽¹⁴⁰⁾ Ivi, p. 385.

⁽¹⁴¹⁾ Ivi, p. 389.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. in merito sopra nel testo in corrispondenza della nota 30.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., p. 389.

radice e condannare al dissolvimento non solo questa teoria, ma anche un principio fondamentale per qualsiasi dottrina giuridica sinceramente costituzional-rappresentativa, la differenza tra legge e ordinanza: « un limite assolutamente preciso e rispondente ad una differenza obiettiva fra il decreto e la legge — dice Orlando, riprendendo anche qui uno degli assunti base del positivismo giuridico tedesco — non esiste »⁽¹⁴⁴⁾. Anche a questo proposito, per comprendere meglio la posizione di Orlando nella dottrina giuspubblicistica dell'epoca, basti ricordare come anche Emilio Brusa, nel suo manuale di diritto pubblico qui più volte citato, si premurasse di mostrare come effettivamente in Italia quel limite tra legge e decreto non esistesse più, ma non perché non fosse mai esistito, quanto piuttosto perché « il governo [si era mostrato] costantemente attento e teso in ogni occasione ad estendere l'effettività del suo potere regolamentare, [...] [senza astenersi], come in effetti avrebbe dovuto, dall'intromettersi di entrare in un campo che avrebbe dovuto essere riservato alla legge »⁽¹⁴⁵⁾.

La radicale contestazione orlandiana anche solo dei primi tre dei principi generalmente ritenuti caratteristici della forma parlamentare di governo, potrebbe già di per sé bastare a far intuire quanto incerto fosse a suo avviso il contenuto e il fondamento storico e giuridico di quello che comunemente al suo tempo si definiva come governo parlamentare. Ma Orlando non si ferma qui e va oltre.

Pure la ricerca di una comprensione univoca e sistematica dell'esistenza del governo parlamentare a partire dall'influenza che la maggioranza politica del parlamento, formata da un solo partito o da una coalizione di partiti politicamente omogenei, esercita sulla formazione e sul dimissionamento del governo (punto 4), gli appare parimenti destinata a fallire, nella misura in cui attraverso di essa non si riesce a cogliere, a suo avviso, alcun concreto dato di fatto.

Giunto quasi al termine della sua riflessione critica sul cosiddetto governo parlamentare, Orlando si mostra profondamente convinto della opportunità e utilità di accantonare qualsiasi ulteriore riflessione sull'inconsistente espressione di 'governo parlamentare' per concen-

⁽¹⁴⁴⁾ Ivi, pp. 390-391.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. BRUSA, *Das Staatsrecht des Königreichs Italien*, cit., p. 171. Sulla stessa lunghezza d'onda vd. anche altre affermazioni del Brusa alle pp. 184 (« d'altro canto la forma modesta di un decreto o di un regolamento possono facilmente coprire una materia, e lo fanno anche non di rado, che ad esempio, riguardando casi da trattare secondo la costituzione nella forma della legge, sarebbero in realtà da riservare alla competenza legislativa. Il motivo di questo abuso del potere regolamentare spettante all'esecutivo sta essenzialmente nelle frequenti deleghe legislative, che già in sé attenuano il rispetto della competenza »), 185, 186 (« oltre ai decreti attuativi di leggi [art. 6 della costituzione] e a quelli emanati in forza del potere esecutivo spettante al solo monarca [art. 5] la prassi ammette interpretando la costituzione anche decreti governativi con forza interinale di legge, confidando sul controllo del parlamento, e non considera necessaria la loro esclusione per incostituzionalità », spaziato nel testo).

trarsi invece sul cosiddetto 'governo di gabinetto', espressione scevra ai suoi occhi della sostanziazione e contaminazione 'politica' da cui invece a suo avviso era profondamente segnata quella di 'governo parlamentare'. Governo di gabinetto è la sola denominazione che possa essere propriamente riconosciuta al sistema politico-istituzionale giuridicamente ed effettivamente vigente nell'Italia dell'epoca; solo esso, e non il governo parlamentare, è per Orlando reale e giuridicamente legittimo.

Elemento centrale del governo di gabinetto è però, come dice la parola stessa, non il parlamento, ma il consiglio dei ministri, con il suo ruolo di mediazione tra il monarca da un lato e la rappresentanza popolare dall'altro. Il gabinetto, avverte subito Orlando, prendendo le distanze dal « radicale » Bagehot le cui idee stigmatizza, non deve infatti mai spingersi, nello svolgimento del suo ruolo, sino ad imporsi come « il comitato esecutivo della Camera dei Comuni » ⁽¹⁴⁶⁾; d'altro canto, osserva Orlando spazzando via ogni dubbio su quale fosse l'organo costituzionale preminente in ultima istanza anche all'interno del governo di gabinetto, la presenza di un gabinetto non esclude in alcun modo la conservazione in capo al monarca irresponsabile di un ambito di sovranità, quello della prerogativa regia ⁽¹⁴⁷⁾.

Avendo mostrato come non possa esistere in assoluto alcuna superiorità della funzione legislativa e del suo organo per eccellenza, la camera elettiva, superiorità che le potrebbe essere riconosciuta solo nel caso in cui al parlamento fosse affidata la funzione di 'creare dal nuovo il diritto' e di rivestire tutto il diritto della forma della legge, Orlando perviene anche a destituire di qualsiasi fondamento la teoria della cosiddetta onnipotenza parlamentare nel sistema politico-costituzionale dell'Italia liberale. Quel *topos* per cui nell'assemblea rappresentativa sarebbe riposto « il potere assoluto dello Stato », afferma Orlando, è effettivamente più una « illusione » che una realtà ⁽¹⁴⁸⁾. Di fatto la funzione legislativa è, non solo in genere nello stato costituzionale ma anche, e forse in misura ancora maggiore, nel funzionamento concreto dello Stato costituzionale italiano, tutt'altro che « illimitata » ⁽¹⁴⁹⁾.

Se, come ha detto Maurizio Fioravanti, uno dei principali obiettivi, se non addirittura il principale, perseguito da Orlando in questo suo lavoro giovanile, era di mettere a nudo la « limitatezza di fatto della funzione legislativa » ⁽¹⁵⁰⁾, allo stesso tempo « svela[ndo] la natura

⁽¹⁴⁶⁾ ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., p. 406.

⁽¹⁴⁷⁾ Ivi, p. 409.

⁽¹⁴⁸⁾ Ivi, p. 379. « Uno dei tanti grandi equivoci della cultura politica italiana », ha ora definito il tema dell'onnipotenza parlamentare REBUFFA nel suo ultimo lavoro (*Lo Statuto albertino*, cit., p. 82).

⁽¹⁴⁹⁾ ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., p. 367.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. M. FIORAVANTI, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, in *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, 2 voll., Milano 2001, I, pp. 67-180, qui p. 109.

ideologica » della « [creazione] del mito della onnipotenza parlamentare »⁽¹⁵¹⁾, bisogna riconoscere che egli non solo è riuscito nell'intento, ma è andato oltre, sino a degradare al rango di organo accessorio da un punto di vista funzionale l'istituzione rappresentativa per eccellenza, il parlamento, e sino soprattutto a gettare un velo su tutto ciò che dietro le sue quinte si muoveva e lo faceva muovere.

Certo, la via attraverso cui Orlando perviene a mostrare la infondatezza storica e giuridica della teoria della cosiddetta onnipotenza del parlamento, è volutamente un ragionamento tutto interno e funzionale alla costruzione di un sistema teorico di diritto pubblico da cui egli peraltro dichiara apertamente di voler tenere distante la politica; esso cioè non poggia su una analisi puntuale, concreta, e storicamente determinata del continuo confronto-scontro tra potere monarchico e/o governativo da un lato e parlamento dall'altro, per quanto, evidentemente, il 'disordine' da lui positivisticamente registrato nei rapporti tra legge e decreto ne sia un indicatore assai eloquente. Ma il fatto stesso che l'opzione di Orlando per il governo di gabinetto sottragga immediatamente qualsiasi 'visibilità' politica all'istituzione parlamentare e, soprattutto, lasci tanto clamorosamente fuori dalla considerazione tutta « la realtà dei partiti e del loro ruolo all'interno del parlamento »⁽¹⁵²⁾, la dice evidentemente assai lunga su quanto ancora resti da fare allo storico costituzionale che intenda raccordare e sostanziare con l'analisi storico-fattuale la conclusione cui è pervenuto il grande giurista siciliano, vale a dire la irrilevanza sia giuridica che storico-concreta del governo parlamentare.

Ciononostante, la messa in discussione da parte di Orlando del fondamento giuridico e reale del governo parlamentare e della teoria dell'onnipotenza del parlamento, è alquanto emblematica degli esiti originali, per quanto suscettibili di letture ambivalenti, cui poteva pervenire uno studio sulla condizione e il ruolo dell'istituzione parlamentare e della funzione legislativa che non intendesse lasciarsi confondere o annegare nella critica antiparlamentare di fine secolo. Questa critica, di cui Orlando vedeva chiaramente e respingeva l'intento eminentemente politico⁽¹⁵³⁾, sarebbe potuta anche arrivare, se portata alle estreme conseguenze, a 'distruggere' il suo stesso oggetto; intento questo però che il principale esponente del cosiddetto metodo giuridico mai avrebbe potuto neanche lontanamente condividere senza minare

⁽¹⁵¹⁾ Ivi, p. 111.

⁽¹⁵²⁾ Come ha osservato anche M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *La scienza del diritto pubblico*, cit., II, pp. 657-793, qui p. 674.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., p. 351: « [...] la più parte degli errori, in cui la odierna critica del governo parlamentare incorre, consiste appunto nella confusione dei criterii che all'ordine giuridico son propri ».

alla base la credibilità scientifica di tutto il suo lavoro di elaborazione e sistemazione teorica.

Il governo di gabinetto che Orlando ha in mente dovrebbe scaturire da una sintesi funzionale alta e perseguita concordemente dai due poli del dualismo strutturale, parlamento e governo monarchico. Il sistema politico-istituzionale che però egli ha davanti a sé in realtà non si spinge mai tanto oltre da arrivare a superare dialetticamente quel dualismo in un altro e superiore equilibrio, un equilibrio in cui il governo sia espressione della maggioranza parlamentare. Anzi, nel governo di gabinetto orlandiano il parlamento è al suo interno del tutto amorfo e conflittuale, non percorso o agito dalla contrapposizione tra maggioranza e minoranza, e la volontà politica della maggioranza parlamentare sembra non corrispondere mai alla volontà di un partito o di una coalizione di partiti ⁽¹⁵⁴⁾. Il sistema politico che Orlando ha presente quando parla del governo di gabinetto italiano è insomma, come ha osservato anche Fioravanti, ancora « pienamente dualistico » ⁽¹⁵⁵⁾, nella sua struttura di base, anche se costantemente alla ricerca dell'« incontro di governo e rappresentanza popolare » ⁽¹⁵⁶⁾. Un sistema politico-costituzionale, insomma, viene a questo punto spontaneo di dire, che assomiglia molto da vicino alla configurazione classica della « konstitutionelle Monarchie » di cui hanno parlato gli storici e i giuristi tedeschi del XIX e XX secolo: né governo di gabinetto come in Inghilterra, né tanto meno governo parlamentare nel senso proprio del termine.

Il governo di gabinetto italiano, quale emerge dallo scritto di Orlando, in quanto espressione della ricerca incessante di una condizione ideale di equilibrio tra monarchia ed assemblea elettiva, può essere considerato al massimo il frutto di « un'evoluzione costituzionale scaturente dallo stesso Statuto » ⁽¹⁵⁷⁾, in nessun caso l'esito di una rottura con esso. A ben vedere il governo di gabinetto orlandiano, nel momento in cui appare fondato essenzialmente sulla ricerca di equilibrio e di sintesi politica tra il principio monarchico-legittimistico da un lato ed il principio rappresentativo dall'altro, si configura come un tipo di parlamentarismo molto, troppo vicino al costituzionalismo classicamente inteso, un parlamentarismo non meno 'speciale' e 'unico' nel suo

⁽¹⁵⁴⁾ V. E. Orlando si risolve a confrontarsi con il tema del partito solo alla fine della sua vita, lasciando peraltro incompiuto il suo lavoro; vd. V.E. ORLANDO, *Sui partiti politici: saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Bologna 1953, II, pp. 603-621.

⁽¹⁵⁵⁾ FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., p. 666.

⁽¹⁵⁶⁾ Ivi, p. 728.

⁽¹⁵⁷⁾ Ivi, p. 729.

genere di quanto lo sarebbe stato in Germania il costituzionalismo, secondo i paladini antichi e recenti del *Sonderweg* tedesco ⁽¹⁵⁸⁾.

Si passi ora invece a considerare uno di quei giuspubblicisti, Giorgio Arcoleo (1850-1914) ⁽¹⁵⁹⁾, che non avevano accolto il programma metodologico orlandiano e che invece volle mantenere sempre aperto il dialogo, ancora oggi tutt'altro che fluido, tra diritto costituzionale da un lato e politica e storia dall'altro ⁽¹⁶⁰⁾. L'intento è di vedere se almeno dai suoi scritti sia possibile ricavare una concezione più nitida del governo parlamentare, e soprattutto una chiara differenziazione del governo parlamentare da quello cosiddetto costituzionale puro. Si tratta cioè di verificare se almeno fuori dal campo di influenza del positivismo giuridico fosse all'opera, magari come esito di una maggiore attenzione e di una osservazione più ravvicinata e libera da pregiudizi della realtà politico-istituzionale circostante, una concezione di governo parlamentare in grado di rassicurare, non tanto sul fatto che alla 'parola' corrispondesse effettivamente la 'cosa', ma perlomeno sul fatto che quando nell'epoca liberale italiana si parlava di governo parlamentare si intendesse effettivamente qualcosa di specifico e ben determinato.

Alcuni anni prima che Orlando scrivesse i suoi *Scritti giuridici*, anni, come si è già detto, di acesa critica antiparlamentare, e più precisamente nel 1881, un anno prima di entrare nella politica attiva, Arcoleo diede alle stampe uno dei suoi lavori più importanti, *Il Gabinetto nei governi parlamentari* ⁽¹⁶¹⁾. Su questo lavoro, scritto nel periodo forse più fruttuoso dell'impegno scientifico del nostro, si stenderà dopo il trionfo del metodo giuridico orlandiano, come è stato osservato, « uno strato assai consistente di polvere » ⁽¹⁶²⁾. Da questo testo e dal più tardo *Diritto costituzionale* ⁽¹⁶³⁾ in cui, secondo il

⁽¹⁵⁸⁾ Di recente sul *Sonderweg* tedesco è tornato ad insistere il giovane storico tedesco H. SPENKUCH, *Vergleichsweise besonders? Politisches System und Strukturen Preußens als Kern des "deutschen Sonderwegs"*, in « Geschichte und Gesellschaft », 29, 2003, 2, pp. 262-293, a cui ci si limita a rinviare per una ricognizione aggiornata della letteratura sul tema.

⁽¹⁵⁹⁾ Per una sintetica biografia politica e intellettuale di Giorgio Arcoleo cfr. lo schizzo tracciato da F. BARBAGALLO in *Il Parlamento italiano 1861-1988, V: 1877-1887. La Sinistra al potere. Da Depretis a Crispi*, Milano 1989, pp. 364-5. Assai sbrigativo su Arcoleo GALIZIA, *Profili storico-comparativi*, cit., pp. 91-92, mentre incentrato sul nostro come giurista è il lavoro di M. FIORAVANTI, *Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo*, in *La scienza del diritto pubblico*, cit., I, pp. 327-370, lavoro a cui si rinvia anche per un ragionato e aggiornato approfondimento bibliografico. Sempre su Arcoleo cfr. inoltre L. BORSI, *Classe politica e costituzionalismo. Mosca, Arcoleo, Maranini*, Milano 2000, in part. il cap. II: "Arcoleo e il problema della costituzione" (pp. 149-241).

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. BORSI, *Classe politica e costituzionalismo*, cit., p. 164.

⁽¹⁶¹⁾ Napoli 1881, 224 pp.

⁽¹⁶²⁾ FIORAVANTI, *Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo*, cit., p. 332.

⁽¹⁶³⁾ G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale. Dottrina e storia*, Napoli 1904, 548 pp.

maggiore studioso italiano di Arcoleo, sono 'ricalcati' non solo gli *Appunti di diritto costituzionale* del 1888, ma anche tutti i suoi scritti degli anni Ottanta, compreso quello sopra menzionato sul *Governo parlamentare* ⁽¹⁶⁴⁾, si prenderanno le mosse.

Per il nostro il governo parlamentare si sarebbe imposto in Italia dal 1870, quando si sarebbe conclusa la « graduale trasformazione del governo costituzionale in governo parlamentare ». In particolare, dopo « un primo periodo dal 1848 al 1860, nel quale [sarebbe prevalso] il potere esecutivo », e dopo « un secondo periodo dal 1860 in poi, nel quale la rappresentanza [si sarebbe resa] più conscia delle sue attribuzioni », si sarebbe chiuso « nel 1870 [...] il periodo evolutivo per la formazione dello Stato italiano ». Da questo momento, « al primitivo carattere costituzionale, rappresentato dagli organi principali, corona e governo, si [sarebbe] sostituito il carattere parlamentare per il cresciuto sviluppo del sindacato e della coscienza popolare » ⁽¹⁶⁵⁾.

Secondo Arcoleo, dunque, il governo parlamentare si sarebbe sviluppato in Italia 'naturalmente', passando per diverse fasi, da un'altra forma di governo rappresentativo, quello costituzionale stabilito nel 1848 con lo Statuto ⁽¹⁶⁶⁾. Arcoleo arriva addirittura a dire chiaramente che lo « Stato di governo o costituzionale », avrebbe rappresentato in quasi tutti gli stati rappresentativi « un periodo di transizione », un periodo generalmente sfociato con « rigoglio più o meno compiuto » nel sistema parlamentare ⁽¹⁶⁷⁾. Quasi ovunque insomma, negli stati costituzionali europei, ci sarebbe stato prima il costituzionalismo e poi il parlamentarismo.

Nel governo parlamentare, sostiene Arcoleo, cercando di rispondere all'esigenza di definizione sorta dalla distinzione da lui stesso creata nel momento in cui aveva parlato di differenti sistemi rappresentativi, « il perno della costituzione [è] il parlamento » ⁽¹⁶⁸⁾; in esso la rappresentanza popolare esercita, sulla base delle sue funzioni ispettive politiche e finanziarie, la caratteristica « vigilanza [...] sul governo e

Quella qui utilizzata è la seconda edizione riveduta; la prima edizione è invece del 1903.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. FIORAVANTI in *Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo*, cit., p. 355, n. 64. Sulla « sostanziale ispirazione unitaria del nostro giurista », conclusione a cui giunge Maurizio Fioravanti, si veda anche ivi, p. 336 (« certo è che non si hanno due tempi nella riflessione del nostro giurista »), e alla stessa pagina, n. 21 per la citazione sopra riportata. A questo medesimo proposito si vedano inoltre anche le interessantissime note bibliografico-esplicative nn. 7 e 20, rispettivamente alle pp. 330 e 335 del lavoro citato, note in cui Fioravanti spiega come sia personalmente venuto a capo della « approssimazione e confusione sulla genesi e sulla stessa datazione delle varie edizioni del [...] Diritto costituzionale » (ivi, p. 329).

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., p. 211.

⁽¹⁶⁶⁾ Sui due tipi di governo rappresentativo ivi, pp. 126 ss. e 137 ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Ivi, pp. 137-138.

⁽¹⁶⁸⁾ Ivi, p. 138.

sull'amministrazione » (169). Il « carattere parlamentare » del governo italiano, come del resto di qualsiasi governo parlamentare, si manifesterebbe particolarmente nel « cresciuto sviluppo del sindacato e della coscienza popolare », come pure in un nuovo ruolo dei partiti (170).

La definizione di governo parlamentare che si può ricavare da Arcoleo, che pure guardava ad esso, a differenza di Orlando, anche da un punto di vista storico e politico oltre che giuridico, non è però, in fin dei conti, meno vaga di quella che si ritrova nel padre del metodo giuridico, anzi. Essa non lo è soprattutto qualora si ritenga che l'essenza del governo parlamentare debba trovare riscontro oggettivo non in una non meglio definita centralità del parlamento nel sistema politico e istituzionale, ma piuttosto in un ruolo del parlamento rispetto al monarca e/o al governo precisamente definito e soprattutto mutato rispetto a quello da esso rivestito in un sistema costituzionale cosiddetto puro.

Grosse difficoltà incontra Arcoleo, forse addirittura più di Orlando, nel tentare di distinguere chiaramente il governo costituzionale da quello parlamentare: « Approssimativi sono anche — è egli costretto ad ammettere — i criteri che distinguono la forma costituzionale dalla parlamentare ». « Il diritto di revocare il ministero per proprio impulso o dietro il voto delle camere non [può essere considerato] criterio distintivo ». Non mancano infatti, prosegue il nostro, « esempi di ministeri congedati in Prussia dalla Corona in seguito a contrario voto parlamentare, ovvero di ministeri mantenuti al potere in minoranza per alte ragioni di Stato in Inghilterra, nel Belgio ed anche in Italia. [Nemmeno] la partecipazione dei ministri alle due assemblee [...] è diritto esclusivo ai paesi parlamentari [...] » (171). La distinzione tra la forma costituzionale e quella parlamentare, dice ad un certo punto Arcoleo — 'disarmando' rispetto alla estrema complessità della problematica affrontata — « non risulta da categoriche norme scientifiche, ovvero da singoli articoli di statuti, ma da un complesso di ragioni e fatti inerenti alle condizioni speciali dei vari popoli, e dallo spirito più che dalla lettera delle costituzioni » (172).

L'evidente imbarazzo di Arcoleo nel tentativo di dare una definizione precisa della forma di governo parlamentare e di rinvenirne i tratti distintivi, strutturali e/o funzionali, rispetto a quella costituzionale, accenna a dissolversi solo quando Arcoleo si risolve quasi inavvertitamente ad assumere come punto di partenza, nel caratterizzare il governo parlamentare (che si sarebbe realizzato compiutamente solo in Inghilterra) il ruolo in esso del gabinetto. I « grandi principii del Governo parlamentare », dove il gabinetto si sarebbe imposto sui partiti

(169) Ivi, pp. 396 ss. e anche 399.

(170) Ivi, p. 211.

(171) Ivi, pp. 147-148.

(172) Ivi, p. 149.

e quale sarebbe stato instaurato in Inghilterra a partire perlomeno da Guglielmo III, sarebbero infatti, a suo avviso, sostanzialmente tre: « 1. La norma che impone la unanimità politica nel Gabinetto. 2. La pratica di simultanei cambiamenti dell'intero Gabinetto, come risultato della sua dipendenza dalla maggioranza parlamentare. 3. L'ufficio del primo Ministro come un mezzo di perfezionare l'organismo amministrativo e di assicurare lo sviluppo di una politica, che fosse accettata insieme e al Sovrano e al Parlamento » (173).

In Arcoleo dunque, proprio come in Orlando, il fulcro delle differenze tra stato costituzionale e stato parlamentare sembra risiedere non nel ruolo e nella figura del parlamento, ma piuttosto e in primo luogo nel gabinetto. La differenza principale tra governo parlamentare e governo costituzionale consiste così anche per il primo non in quello che è tradizionalmente considerato l'organo per eccellenza del legislativo, il parlamento, ma nella differente configurazione e nel nuovo ruolo assunti dall'appena menzionato organo dell'esecutivo. « Il sistema parlamentare — dice Arcoleo in un passo particolarmente chiaro del suo lavoro — dicesi anche di gabinetto, pigliando nome dall'organo speciale del potere esecutivo, che in teorica rappresenta il termine medio tra il capo dello Stato ed il Parlamento » (174).

Il governo parlamentare non si afferma cioè quando uno dei due poli del dualismo del governo costituzionale, e cioè il parlamento, si rafforza e si impone sull'altro, il monarca e/o il suo governo, andando a determinare l'indirizzo politico dello Stato, ma quando su entrambi i termini del dualismo riesce ad imporsi sovrana la forza terza e mediatrice del gabinetto. « Il vero termine differenziale tra questa forma (la costituzionale) e la parlamentare — insiste Arcoleo, sgombrando il campo da qualsiasi eventuale residuo dubbio interpretativo — consiste nel ministero » (175): se nella forma costituzionale il re, non potendo governare personalmente, investe d'una parte dei suoi poteri il ministero, che perciò è lo strumento della sua volontà ed a lui risponde del suo operato, nella forma parlamentare è invece il parlamento, non potendo governare ed amministrare direttamente esso stesso per la complessità dell'agire di un organo collegiale così numeroso e politicamente composito al suo interno, a scegliere un gruppo di uomini come strumento della maggioranza, e ad affidare loro il compito di governare (176).

Arcoleo, che da un lato è un entusiasta estimatore del governo parlamentare inglese (ad esso sarebbe riuscito storicamente di realizzare i suoi tre principi fondamentali: *a.* dell'unanimità politica del Gabinetto, *b.* del ricambio totale del gabinetto come riflesso della sua

(173) Cfr. ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, cit., p. 25.

(174) ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., p. 147.

(175) Ivi, p. 142.

(176) Ivi, p. 146.

dipendenza dalla maggioranza parlamentare, *c.* dell'ufficio del Primo ministro come mezzo per assicurare lo sviluppo di una politica accettata sia al parlamento e sia al sovrano ⁽¹⁷⁷⁾), ma, dall'altro, anche un critico spietato dei partiti politici italiani, che lui vede volti prevalentemente alla gestione del potere ma alquanto poveri e arretrati dal punto di vista ideale e programmatico ⁽¹⁷⁸⁾, non riesce a scorgere nell'Italia dell'epoca se non « l'impalcatura » del governo parlamentare ⁽¹⁷⁹⁾. Per progredire nella direzione tracciata dal governo parlamentare inglese Arcoleo ritiene però si debba porre al centro della scena politico-istituzionale non il parlamento, ma il gabinetto. Nelle due differenti forme di governo rappresentativo, quello costituzionale e quello rappresentativo, diverso è indubbiamente l'organo dello Stato che lascia transitare sul gabinetto la capacità di governare; una volta però che l'atto di delega è compiuto, a rimanere al centro del sistema è, in entrambe le forme di governo, il gabinetto.

Questa che potrebbe a prima vista apparire come una incongruenza dell'analisi arcoleiana, si spiega certo in parte con il fatto che ad una attenta analisi della situazione, tesa ad evidenziare l'evoluzione storica verso lo Stato di diritto, non corrisponde invece altrettanta attenzione per il consolidarsi e il precisarsi storico-funzionale dei poteri della rappresentanza popolare ⁽¹⁸⁰⁾. Che dell'affermarsi dello Stato costituzionale ad Arcoleo interessi più l'effetto di complessiva giuridificazione della vita politica e soprattutto sociale che ne deriva, che non il maggiore livello di coinvolgimento dei cittadini nella vita politica attraverso l'istituzione parlamentare, egli del resto lo dice chiaramente, allorché chiarisce in quale modo sia da intendere il governo costituzionale: « L'errore comincia dal concetto stesso di Governo costituzionale; ravvisato in quello ordinamento, nel quale un maggior numero o minore di cittadini partecipino a' pubblici poteri — ciò che ne esprime il lato formale; — e non piuttosto nell'ordinamento in cui si ottenga la tutela giuridica di tutti » ⁽¹⁸¹⁾.

Anche nel sistema parlamentare, e non solo nel sistema costituzionale cosiddetto puro, il raggio di azione e di influenza del parlamento è ancora assai incerto. L'indeterminatezza della sfera delle sue competenze trova un limite certo solo laddove iniziano le competenze del gabinetto. A non trovare invece alcun limite certo, né nel gabinetto, né nel parlamento, soprattutto in Italia, dove, come si è visto, per Arcoleo del governo parlamentare non c'è che l'« impalcatura », è però la sfera dei poteri del monarca. « Le sue attribuzioni variano d'intensità come

⁽¹⁷⁷⁾ ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, cit., p. 25.

⁽¹⁷⁸⁾ Ivi, pp. 15-18.

⁽¹⁷⁹⁾ Ivi, p. 18.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. in merito quanto già osservato sopra nel testo in corrispondenza delle note 117-119.

⁽¹⁸¹⁾ Ivi, p. 11.

di estensione », dato che esse, afferma Arcoleo schierandosi a favore di una definizione larga e per così dire 'estensiva' dell'ambito della prerogativa regia, « ricevono efficacia e norma non solo dalla legge, ma anche dalla consuetudine »⁽¹⁸²⁾.

Il monarca dispone in Italia, come riconosce il nostro, di un margine di discrezionalità ben più ampio di quello di cui dispone nel governo di gabinetto inglese disegnato da Bagehot, del quale peraltro Arcoleo, proprio come Orlando, stigmatizza il radicalismo politico⁽¹⁸³⁾. Tra i cosiddetti « diritti proprii del capo dello Stato », cioè quei diritti che il monarca esercita senza entrare in concorrenza con gli altri organi costituzionali⁽¹⁸⁴⁾, Arcoleo si sofferma in particolare sul generale diritto del monarca di intervenire sul parlamento per 'regolarlo' qualora « l'indirizzo prevalente » in esso risulti « torbido e incerto », e specificamente sulla prerogativa del capo dello Stato di nominare i ministri, di dimettere il gabinetto, di sciogliere la camera⁽¹⁸⁵⁾.

In particolare, la prerogativa regia di dimissionare il governo o uno dei ministri, seppure da utilizzare « in casi di suprema necessità [...] e in circostanze gravissime »⁽¹⁸⁶⁾, e cioè « quando non basta il Gabinetto e il Parlamento », rappresenta per il nostro una « guarentigia pel popolo »⁽¹⁸⁷⁾; non mancano certo le occasioni in cui è necessario « far valere i supremi interessi di Stato su quelli di partito »⁽¹⁸⁸⁾ ed in cui è necessario porre « un limite all'arbitrio del Gabinetto »⁽¹⁸⁹⁾. « Comprendo — dice Arcoleo — che il Gabinetto è connesso alla maggioranza parlamentare: ma non so concepirlo sempre a discrezione di questa »⁽¹⁹⁰⁾. L'apertura in Belgio nel 1871 di un dibattito all'interno del Parlamento contro il dimissionamento di membri del governo da parte del Re, dibattito in cui il monarca fu accusato di avere con il suo intervento attentato al sistema parlamentare e di aver seppellito la Costituzione, è giudicata da Arcoleo « non corretta »⁽¹⁹¹⁾. Compatibile con il governo parlamentare è addirittura per Arcoleo la prerogativa monarchica di formare il governo al di fuori della maggioranza parlamentare, dando vita ad un gabinetto come lui lo chiama « amministrativo » [governo ponte] o « estraparlamentare » [governo tecnico]⁽¹⁹²⁾,

(182) ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 296-7.

(183) Ivi, pp. 311-2 e 323.

(184) Ivi, pp. 297 ss.

(185) Ivi, p. 303 e ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, cit., p. 145.

(186) ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, cit., p. 153.

(187) Ivi, p. 155.

(188) Ivi, p. 148.

(189) Ivi, p. 153.

(190) Ivi, p. 149.

(191) Ivi, p. 158.

(192) Ivi, pp. 168-173.

come pure compatibile con esso è la prerogativa monarchica di fare crisi di governo extraparlamentari, e cioè a camera chiusa ⁽¹⁹³⁾.

All'interno della più generale prerogativa del monarca di epoca costituzionale di intervenire in caso di necessità, rientra anche, senza tuttavia trovare menzione alcuna nello Statuto ⁽¹⁹⁴⁾, l'altra espressione tipica della prerogativa regia, e cioè il potere del monarca di « sciogliere la Camera », potere che Arcoleo, proprio come Orlando, considera assolutamente compatibile con un governo parlamentare ⁽¹⁹⁵⁾. È questo un potere secondo Arcoleo « delicato, ma necessario in circostanze specialissime », un potere tuttavia che invece già Bagehot, come Arcoleo non manca di sottolineare criticamente, considerava incompatibile con la « monarchia costituzionale » inglese del suo tempo ⁽¹⁹⁶⁾. Il ricorso del Capo dello Stato a questa prerogativa, nel caso: *a*) che la Corona abbia licenziato un gabinetto, *b*) che sia sorto un conflitto tra i due rami del Parlamento, *c*) che il governo abbia preso qualche decisione importante e voglia accertarsi del consenso della nazione, *d*) in caso di conflitto costituzionale tra camera e governo, *e*) che esista fondato dubbio che la Camera non rappresenti più l'opinione della nazione, *f*) che si sia modificato il territorio nazionale, *g*) che si sia votata una riforma elettorale, o, infine, *h*) che si intenda apportare una importante modifica costituzionale, è per Arcoleo assolutamente legittimo, non da ultimo perché in grado di conservare « al Governo tutta la sua forza ed autorità » ⁽¹⁹⁷⁾ e perché comunque ne risponderebbe il gabinetto ⁽¹⁹⁸⁾. Il ricorso del capo dello Stato allo scioglimento della camera, potere che era stato rifiutato al monarca dalla costituzione francese del 1791, sarebbe comunque da preferire al ricorso da parte del governo a « poteri straordinari », in particolare a quel potere straordinario di emanare ordinanze d'emergenza con forza provvisoria di legge previsto dall'art. 14 della Costituzione francese del 1814, dato che qui, dice Arcoleo, « il postumo voto parlamentare si [ridurrebbe] ad una mera formalità » ⁽¹⁹⁹⁾.

La noncuranza di Arcoleo nei confronti della dignità politica dell'istituzione parlamentare, dalla cui maggioranza in un 'vero' governo parlamentare scaturisce il gabinetto, ovverossia il governo della nazione, e la sua insensibilità nei confronti delle prevaricazioni regie all'autonomia della Camera, che a suo avviso si renderebbero addirittura

⁽¹⁹³⁾ Ivi, pp. 209-210.

⁽¹⁹⁴⁾ Cfr. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 299-303.

⁽¹⁹⁵⁾ Su come « l'uso di prerogativa [possa] conciliarsi con un Governo parlamentare » cfr. ARCOLEO, *Il Gabinetto nei governi parlamentari*, cit., p. 173, e in part. sul potere monarchico di sciogliere la Camera ivi, pp. 181-189.

⁽¹⁹⁶⁾ Ivi, p. 182.

⁽¹⁹⁷⁾ Ivi, pp. 183-186.

⁽¹⁹⁸⁾ Ivi, p. 189.

⁽¹⁹⁹⁾ Ivi, pp. 186-87.

tura necessarie a correggere i difetti e le storture di un sistema politico, come quello italiano, « che non corrisponde al vero ideale del sistema costituzionale, dove le Assemblee dovrebbero costituirsi in guisa, che i Partiti sien preparati alla vicenda del Governo, e il Capo dello Stato non abbia a fare altro che dare il premio al vincitore » e in cui invece « il Parlamento non è capace di formare un Governo » ⁽²⁰⁰⁾, fa evidentemente tutt'uno con la diffidenza che il costituzionalista continuamente ostenta nei confronti della politica italiana, guidata dai partiti e incapace di dar vita a vere maggioranze parlamentari ⁽²⁰¹⁾; ed è principalmente con questa diffidenza che quella noncuranza e quella insensibilità si spiegano.

Una delle espressioni più chiare delle distorsioni cui secondo Arcoleo avrebbe dato origine il dilagare del predominio dei partiti, e non l'onnipotenza del parlamento italiano che lui, proprio come Orlando, non riesce proprio a vedere ⁽²⁰²⁾, sarebbe stata la penetrazione del parlamento e dei partiti nell'amministrazione. Questa penetrazione avrebbe portato alla letale confusione del governo con l'amministrazione ⁽²⁰³⁾, laddove quest'ultima avrebbe dovuto essere mantenuta estranea ai mutevoli umori delle maggioranze parlamentari e dei partiti. Al fine di sottrarre l'amministrazione alle pesanti interferenze dei partiti, che, attraverso il governo, fanno e disfano non solo in materia di organici e di organizzazione interna dell'amministrazione, ma addirittura nella creazione e nella soppressione dei ministeri, Arcoleo auspica energicamente che si riprenda ad organizzare l'amministrazione attraverso e secondo la legge ⁽²⁰⁴⁾. In genere tuttavia, quando si tratta di confrontarsi con il peso crescente dei partiti parlamentari, che Orlando aveva addirittura creduto di poter tenere del tutto fuori dalla considerazione del governo di gabinetto, anche Arcoleo, un giurista certo assai più sensibile di Orlando ai problemi di « costituzionalizzazione » dell'Italia liberale ⁽²⁰⁵⁾, non riesce a sfuggire alla tentazione di cercare sfogo e rifugio nella medesima veemente denuncia delle degenerazioni partitocratiche che si trovava all'epoca nelle riflessioni degli scrittori politici più visceralmente antiparlamentari, tra i quali si dovrebbe senz'altro annoverare Domenico Zanichelli ⁽²⁰⁶⁾.

⁽²⁰⁰⁾ Ivi, p. 223.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, cit., p. 323, dove si parla di maggioranze parlamentari, suscettibili di « rappresentare un amalgama di piccoli fini e di minuti personali interessi, non adatti a costituire un governo o a mantenerlo ».

⁽²⁰²⁾ Ivi, p. 389: « [...] si è creduto che il parlamento potesse tutto [...] ».

⁽²⁰³⁾ Ivi, p. 473.

⁽²⁰⁴⁾ Ivi, pp. 472-74 e 492-97.

⁽²⁰⁵⁾ Così FIORAVANTI, *Costituzione, Stato e politiche costituzionali*, cit., p. 344.

⁽²⁰⁶⁾ Contro « la prevalenza assoluta [attribuita dalle costituzioni moderne] alle assemblee elettive nel governo dello Stato » cfr. D. ZANICHELLI, *Le costituzioni moderne. Prolusione di Domenico Zanichelli al corso libero di diritto costituzionale [Leggi speciali*

3. Osservazioni riassuntive.

In conclusione di queste riflessioni, su un primo dato sembra possibile esprimersi con relativa sicurezza. Mentre in Germania, sin dall'inizio della seconda metà del XIX secolo, l'espressione di sistema parlamentare di governo era ormai solitamente usata in alternativa a quella di sistema costituzionale ⁽²⁰⁷⁾, ed anzi nella lotta politica l'accusa di voler instaurare un sistema parlamentare di governo equivaleva a quella di voler sovvertire l'ordine politico esistente, monarchico-costituzionale ⁽²⁰⁸⁾, nella monarchia liberale italiana una tale rigida contrapposizione dei due termini non ebbe modo di svilupparsi.

Nella pubblicistica politica e nella giuspubblicistica italiana della seconda metà dell'Ottocento, certo complice l'assenza di una contrapposizione netta tra forze politiche e intellettuali liberali da un lato e conservatrici dall'altro, quale invece in genere al più tardi dal '48 si sviluppò distintamente in Germania, si fa sentire l'assenza di una

politiche] nella R. Università di Bologna [11 dicembre 1883], Bologna 1884, p. 35, *ma passim*.

⁽²⁰⁷⁾ Si veda, al posto di tante citazioni, il classico lavoro di R. VON MOHL, *Das Repräsentativsystem, seine Mängel und die Heilmittel. Politische Briefe* (1852), in *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, 3 voll., I: *Staatsrecht und Völkerrecht*, Tübingen 1860, ristampa Graz 1962, pp. 367-458, dove il sistema parlamentare di governo è anzi proposto come l'unica soluzione possibile al dualismo e quindi al fallimento (*Misslingen*) in Germania del sistema *constitutionell* o rappresentativo (pp. 389, 392-95, e soprattutto 400 e 403-04).

⁽²⁰⁸⁾ Vd. MANCA, *La sfida delle riforme*, cit., *passim*. Cfr. inoltre H. BOLDT, voce *Parlament, parlamentarische Regierung, Parlamentarismus*, in O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, IV, Stuttgart 1978, pp. 649-676, in part. p. 670: « La conclusione della rivoluzione del 1848 e del conflitto costituzionale prussiano, come anche la fondazione dell'Impero "dall'alto" portano allo stabilizzarsi non solo di un certo rapporto di forze, ma anche dell'universo politico-concettuale corrispondente. Nello sforzo di differenziare un modo di governo tipicamente tedesco e quello europeo-occidentale, viene affermata la differenziazione tra costituzionalismo e parlamentarismo ». Sempre di Hans Boldt cfr. anche, nella stessa direzione interpretativa, *Parlamentarismustheorie. Bemerkungen zu ihrer Geschichte in Deutschland*, in « Der Staat », 19, 1980, 3, pp. 385-412, in part. pp. 399-400: « [...] con la fondazione dell'Impero si consolida la contrapposizione costituzionalismo-parlamentarismo. Dallo slogan di lotta dei conservatori dell'epoca del conflitto ha origine una dottrina scientifica che, richiamandosi ai teoremi stahliani sulla loro inconciliabilità, cerca di dimostrare come la forma parlamentare di governo sia in sostanza un concetto repubblicano ». Si vedano però anche le inequivocabili affermazioni di G. JELLINEK, *Regierung und Parlament in Deutschland. Geschichtliche Entwicklung ihres Verhältnisses*, Leipzig 1909, p. 22: « È assai caratteristico della posizione della scienza tedesca sulla questione del governo parlamentare, il fatto che a suo favore da allora [da quando cioè Robert von Mohl verso la metà del secolo aveva asserito essere il governo parlamentare l'unica soluzione possibile al dualismo costituzionale tedesco] non si sia levata nemmeno una voce degli eminenti professori di diritto pubblico e di politica, nemmeno di quelli che hanno riconosciuto i vantaggi che dalla costituzione parlamentare inglese potrebbero venire alla loro patria ».

tradizione consolidata di riflessione storico-sistematica da parte del diritto costituzionale positivo sul concetto di governo parlamentare, su quali ne fossero i presupposti e soprattutto le condizioni imprescindibili di esistenza, come anche, di conseguenza, sull'elemento o gli elementi essenziali che consentivano di distinguerlo da quello costituzionale (209).

Tale assenza diventa particolarmente vistosa non solo quando dietro all'uso anche giuridico-colto del 'termine' di sistema parlamentare si tenti di intravedere la 'cosa', un tentativo che qui, come già chiarito, si è rinunciato sin dall'inizio a compiere. Anche quando al centro dell'attenzione di due dei più noti giuspubblicisti dell'epoca liberale è il termine di governo parlamentare, si finisce infatti impercettibilmente ma immancabilmente per abbandonare l'oggetto dichiarato dell'indagine, e per ripiegare invece sul termine di governo di gabinetto. E questo, il più delle volte, senza nemmeno porsi 'realmente' e 'concretamente', il problema di quanto effettivamente nella monarchia liberale italiana si potesse rinvenire dell'unico governo di gabinetto realizzato, degno di questo nome e con cui ci si potesse veramente confrontare all'epoca, quello inglese. Infatti, sia se si pensa alla omogeneità politica della filiera maggioranza parlamentare — presidente del Consiglio — governo caratteristica del governo di gabinetto in Inghilterra, sia se si pensa a come qui già negli ultimi decenni dell'Ottocento fosse assai avanzato il processo di graduale formalizzazione della prerogativa regia, si deve concludere che assai poco legava l'esperienza monarchico-costituzionale italiana a quella inglese.

Da noi, molto spesso, l'espressione di governo parlamentare viene usata per indicare il prodotto di un'evoluzione per certi versi necessaria della forma di governo costituzionale. È una evoluzione che però non pare spingersi mai sino al punto da lasciar emergere una forma di governo strutturalmente e funzionalmente diversa da quella da cui ha preso origine. Da un lato il parlamento non ha ancora la forza necessaria per imporre il dimissionamento del governo in carica che non gode della sua fiducia, dall'altro ancora troppo presente e concreta è la eventualità del ricorso monarchico alla prerogativa regia nei confronti di un capo del Governo e/o di una maggioranza riottosi.

In sostanza, il termine di governo costituzionale è spesso usato, come accadeva anche in Germania, nel senso generico di governo rappresentativo, ma non meno spesso è usato anche come sinonimo di governo parlamentare, ciò che invece è stato ed è ancora oggi per noi fonte di fatali equivoci. E a spiegare o giustificare la circostanza non può certo bastare il rinvio all'influsso del modello costituzionale della vicina Francia, le cui dottrine, non meno di quelle italiane, hanno « sovente

(209) Una conferma di ciò si trae, tutto sommato, anche dalle indagini testuali effettuate da M. BELLETTI, *Nuove riflessioni sul governo regio nell'età statutaria*, in « Studi parlamentari e di politica costituzionale », 33, 2000, 130, pp. 75-111, in part. pp. 89-92.

[confuso] — è stato osservato — la monarchia costituzionale con quella parlamentare »⁽²¹⁰⁾, e dove del governo parlamentare, al di là delle teorie, non si è mai riusciti a praticare la sostanza⁽²¹¹⁾.

L'uso interscambiabile nella cultura giuridica della monarchia liberale italiana dell'espressione di governo parlamentare e di quella di governo di gabinetto, consentiva, in positivo, di dare risalto ad 'un solo' aspetto del governo parlamentare, il mutato ruolo del presidente del Consiglio rispetto al capo dello Stato ed agli altri ministri, lasciando invece in penombra ruolo, natura e funzionamento dell'assemblea elettiva. L'affermarsi di quest'ultima nella realtà storico-concreta, d'altro canto, non mancò di subire i pesanti contraccolpi del progressivo evolvere del sistema politico-istituzionale italiano verso un governo di gabinetto indubbiamente di tipo molto 'particolare'. Non fu certo un caso se, in concomitanza con l'emanazione del decreto Zanardelli del 1901, non mancarono le voci di coloro che nel consolidarsi del governo di gabinetto videro proprio un'« antitesi » o un « antidoto » al parlamentarismo⁽²¹²⁾, di contro a coloro che, come Gaspare Ambrosini, avevano invece ritenuto che il rafforzarsi del governo di gabinetto procedesse di pari passo con la parlamentarizzazione del sistema.

La multifunzionalità della espressione di governo parlamentare, come indice e allo stesso tempo esito inconfondibile della scarsa propensione dei giuristi italiani a distinguerla precisamente da quella di governo costituzionale, e in quanto tale in evidente contraddizione con gli obbiettivi perseguiti in Italia dal metodo giuridico orlandiano, che asseriva di voler portare ordine nel 'confuso' mondo della dottrina di diritto pubblico, si ritrova anche significativamente in un peraltro ottimo lavoro comparatistico di Luigi Palma.

A ben vedere, infatti, nemmeno dal grande esperto di diritto costituzionale comparato⁽²¹³⁾, si riesce ad enucleare alcun preciso e obbiettivo criterio di distinzione del governo costituzionale (detto)

⁽²¹⁰⁾ Ivi, p. 90.

⁽²¹¹⁾ Così VON BEYME, *Die parlamentarischen Regierungssysteme in Europa*, cit., p. 34.

⁽²¹²⁾ Cfr. ROTELLI, *La Presidenza del Consiglio dei ministri*, cit., pp. 217-18. Precedentemente anche Predieri aveva sottolineato nella stessa direzione come proprio « la posizione del presidente del consiglio costituiva un contrappeso al parlamento ed impediva che il sistema da parlamentare si modificasse in governo d'assemblea » (PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 48). La possibilità che si andasse verso il 'governo di assemblea' era evocata con toni immancabilmente terroristici in epoca liberale, dato che con il termine, lungi dal rimarcare o addirittura esaltare il carattere più democratico e partecipato dello Stato italiano, si stigmatizzava piuttosto un tendenziale scivolamento e una degenerazione del governo rappresentativo verso la democrazia diretta.

⁽²¹³⁾ L. PALMA, *La monarchia costituzionale e l'Impero in Germania*, in *Biblioteca di Scienze Politiche e Amministrative, diretta da Attilio Brunialti, Seconda Serie, Opere di diritto amministrativo e costituzionale*, Torino 1894, vol. II, pp. 286-336, in part. pp. 332 ss.

vigente in Germania da quello parlamentare (detto) vigente in Italia. Lì, come qui, dice Palma, portando il dimissionamento da parte di Guglielmo II del cancelliere Caprivi come esempio del crescente influsso esercitato dal *Reichstag* sulla permanenza in carica dei governi tedeschi, « vi è a dubitare che si possa governare a lungo mediante ministri in antagonismo colle Camere dei deputati » (214). È inoltre sufficiente soffermarsi a riflettere sulla ammissione di Palma per cui, se è vero che « il Re ha in Germania amplissime prerogative [è non meno vero che lì] la legge ne regola l'esercizio più che da noi, ove più spesso sono esercitate dai capi di un partito più liberamente, ossia più arbitrariamente, sotto il pretesto di una vanissima responsabilità del Parlamento » (215), per intuire quanto di eminentemente 'dottrinario' vi fosse in realtà dietro la sua asserzione, qui più volte richiamata, per cui all'esercizio della prerogativa regia faceva comunque e immancabilmente da garanzia la responsabilità dei ministri (216).

L'istituto della responsabilità dei ministri e/o del capo del governo di fronte al parlamento, da Palma dottrinarmente indicato come il necessario baluardo all'eventuale arbitrio monarchico nell'esercizio della sua prerogativa, fu nell'Italia di epoca monarchico-costituzionale, vale a questo punto la pena di sottolinearlo, tanto poco tradotto in legge dello Stato, e/o anche solo in consuetudine costituzionale, quanto in Germania, dove i liberali non si stancarono mai di indicarlo come la pietra angolare dell'edificio di uno 'Stato costituzionale e di diritto' (217). Quello Stato costituzionale di diritto che non poteva prescindere dal rispetto del rapporto di subordinazione dell'ordinanza alla legge, come ampiamente avevano argomentato nei loro scritti liberali come Robert von Mohl (218),

(214) Ivi, p. 336.

(215) Ivi, p. 332.

(216) Per questa citazione di Palma cfr. sopra nel testo in corrispondenza delle note 24 e 27.

(217) Per la Prussia sia qui consentito nuovamente il rinvio a MANCA, *La sfida delle riforme*, cit., in part. pp. 159-61, 608, ma *passim* e alla letteratura ivi citata; per l'Assia Elettorale cfr. P. POPP, *Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage im Spannungsfeld von Verfassungsgebung und Verfassungswirklichkeit. Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte des Kurfürstentums Hessen*, Münster 1996; sulla necessità di una legge di attuazione della responsabilità dell'esecutivo anche nell'Impero tedesco cfr. L. VON RÖNNE, *Das Staats-Recht des Deutschen Reiches*, I, 2ª ed. Leipzig 1876 (ristampa Kronberg/Ts. 1975), p. 295 e G. JELLINEK, *Ein Gesetzentwurf betreffend die Verantwortlichkeit des Reichskanzlers und seiner Stellvertreter nebst Begründung*, Heidelberg 1909.

(218) Cfr. soprattutto R. VON MOHL, *Einleitung. Von Rechtsquellen und insbesondere von Gesetzen, in Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, 3 voll., II: *Politik*, Tübingen 1862, ristampa Graz 1962, pp. 380 ss. ma in part. 417, dove sulle ordinanze si dice: « L'essenziale è che le stesse non contengano nessuna materia giuridica propria, creata liberamente, e che possono avere per oggetto solo l'ordinamento formale e la applicazione di proposizioni giuridiche vere e proprie. Sul più severo rispetto di questa esigenza fondamentale riposa in gran parte la sicurezza della condizione del diritto nello Stato ».

Ludwig von Rönne⁽²¹⁹⁾, Eduard Lasker⁽²²⁰⁾, e che sappiamo invece essere stata continuamente violata da parte del polo monarchico-governativo in Italia non meno che nella Germania monarchico-costituzionale. È sufficiente rileggersi a questo proposito le pagine, dense di rinvii storici concreti, che alla scottante questione dedica Emilio Brusa nel suo *Staatsrecht*, per comprendere quanto sia stata continuata e quanto sia rimasta impunita nell'Italia liberale la violazione della riserva di legge da parte del polo monarchico-governativo⁽²²¹⁾, e con ciò l'incostituzionalità del suo agire⁽²²²⁾.

Solo facendo cadere il silenzio sull'imperante disordine giuridico e sulla mortificazione dell'istituto parlamentare che esso palesava, poteva riuscire alla dottrina giuspubblicistica dell'Italia liberale di continuare ad alimentare quella confusione nominalistica che sola le consentiva di parlare della monarchia italiana come di un governo parlamentare. D'altro canto, oggi, solo attraverso la consapevolezza della 'artificialità' di tale confusione, si può riuscire a comprendere perché mai un eminente professore dell'Italia liberale come Domenico Zanichelli si affannasse tanto, con uno sforzo dialettico difficilmente dissimulabile, a spiegare il governo parlamentare italiano come 'difficile' ma tuttavia 'possibile', quasi magica connessione funzionale di 'onnipotenza' della

(219) Cfr. L. VON RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, I: *Das Verfassungs-Recht*, Leipzig 1856, pp. 61, 151-152, 156-158 e *passim*.

(220) Cfr. E. LASKER, *Wie ist in Preussen die Verfassung gebandhabt worden*, in *Zur Verfassungsgeschichte Preussens*, Leipzig 1874, pp. 3-7, in part. p. 16, 36.

(221) Cfr. BRUSA, *Das Staatsrecht des Königreichs Italien*, cit., in part. alle pp. 171-2 (dove Brusa lamenta come di fronte al tendenzialmente illimitato espandersi del potere regolamentare governativo ed alle intrusioni in ambiti e materie che dovrebbero essere riservati alla legge, nessun valido ostacolo sia stato frapposto non solo dal parlamento, ma nemmeno dalla giustizia, dal Consiglio di Stato o dalla Corte dei conti), p. 182 (in cui si sostiene e implicitamente si sollecita la competenza dei tribunali a vegliare sulla costituzionalità di decreti e regolamenti amministrativi ed attuativi), p. 183 (sulla indefinitezza in Italia della distinzione tra leggi da un lato e decreti e regolamenti dall'altro), 184 (sulle materie in cui concretamente è stata violata la riserva di legge), p. 187 (dove si respinge la tesi per cui il parlamento non potrebbe far altro che « registrare » i decreti emessi sulla base della concessione di poteri straordinari).

(222) Sulla questione cfr. il recente studio di M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano 1997, in part. pp. 33 (sul fatto che anche la Cassazione si pronunciò infine nel senso della sua impossibilità a intervenire nel merito di leggi contrarie allo Statuto), p. 36 (su come anche prima del fascismo sia prevalso il punto di vista per cui il controllo di costituzionalità era dannoso per lo Stato in quanto 'intralcio' all'attività del Parlamento), pp. 43 ss. (su come, nonostante che anche secondo la dottrina dominante l'art. 3 dello Statuto sull'esercizio del potere legislativo non consentisse la delega della funzione legislativa, non si concluse affatto per la incostituzionalità dei decreti legislativi), p. 45 (sulla grave arretratezza in cui versava il diritto pubblico ottocentesco e sulla sua sudditanza dal diritto civile), pp. 50 ss. (sul mancato esercizio del controllo di costituzionalità con particolare riferimento ai decreti-legge).

maggioranza parlamentare da un lato e di persistente vitalità della prerogativa regia dall'altro ⁽²²³⁾.

Ad essersi stabilizzato era in realtà e piuttosto, con il beneplacito della dottrina giuridica, 'solo' un cosiddetto governo di gabinetto fondato sostanzialmente su un esecutivo bicefalo, un esecutivo i cui due organi, il capo dello Stato e il capo del Governo, erano ben lungi dal trarre la loro legittimazione politica, come avrebbe dovuto essere in una monarchia veramente parlamentare, da due fonti differenti, la discendenza dinastica l'uno e la volontà popolare l'altro. Insomma, è perciò veramente difficile non prestare ascolto a chi, in riferimento all'ascesa al potere di Rudini, che il monarca prima favorì, lasciando però poi che si logorasse senza concedergli nuove elezioni, suggerisce di fermarsi a riflettere su « quanto [fosse] rilevante il 'favore' regio nella determinazione della fedeltà di una maggioranza al presidente del Consiglio e [...] come questi dipend[esse] sì dalla fiducia parlamentare, ma prima di tutto da quella regia » ⁽²²⁴⁾.

⁽²²³⁾ Cfr. D. ZANICHELLI, *Lo Statuto e il sistema parlamentare*, in « Studi Senesi nel circolo giuridico della R. Università », XIV, 1897, pp. 177-198, in part. pp. 185 ss. e, a questo proposito, su Zanichelli cfr. anche G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, I: *Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali, amministrazione e Costituzione*, Milano 1998, p. 628, e soprattutto n. 428 da p. 627. Il testo di Zanichelli, che costituiva anche una replica al *Torniamo allo Statuto* di S. Sonnino, viene ora ripubblicato anche in appendice al già cit. lavoro di Pepe (cfr. MAZZANTI PEPE, *Profilo istituzionale dello Stato italiano*, cit., pp. 305-309).

⁽²²⁴⁾ MAZZONIS, *La Monarchia e il Risorgimento*, cit., p. 175.

BERNARDO SORDI

RITORNO AL FUTURO: PIETRIFICAZIONI STORICHE
E TRASFIGURAZIONI ERMENEUTICHE
NELLE VICENDE COSTITUZIONALI DELLA GIUSTIZIA
AMMINISTRATIVA

(a proposito di Corte cost., sentenza 6 luglio 2004, n. 204 e di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa'*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 192)

1. *Sonntagsgedanken/Werktagsarbeit*: basterebbe questa contrapposizione, ricavata da una celebre schermaglia ⁽¹⁾ che aveva animato negli anni di Weimar una delle tante, irripetibili, sedute della Associazione degli studiosi tedeschi di diritto pubblico, e coraggiosamente introiettata ora da Andrea Orsi Battaglini nel sondare i termini di compatibilità costituzionale della giustizia amministrativa, a suscitare l'interesse del lettore dei *Quaderni*.

L'interesse, in realtà, è tutt'altro che meramente letterario. Grazie all'accattivante 'ricerca dello Stato di diritto' messa in piedi da Andrea Orsi ed ad un'importante sentenza della Corte costituzionale ⁽²⁾, di poco precedente al volume, lo storico del diritto si trova infatti di fronte alla rara occasione di veder emergere in quasi perfetta contemporaneità, ora sul piano della scienza giuridica, ora su quello del diritto positivo giurisprudenziale, immagini, istituti, lessici, fortemente contrapposti, se non addirittura antitetici, con la peculiarità davvero singolare che la contrapposizione nasce da un diverso rapportarsi ad una comune tradizione normativa e disciplinare. E precisamente, in questo caso, quella tradizione che scaturisce dai sussulti ormai più che secolari del nostro sistema di giustizia amministrativa.

⁽¹⁾ L'espressione, come ricorda Andrea Orsi nell'Epilogo del volume (pp.189-92), fu utilizzata da Richard Thoma il 24 marzo 1927, nel corso della discussione sul tema della libertà di manifestazione del pensiero.

⁽²⁾ Corte cost., sentenza 6 luglio 2004, n.204, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 2181 e ss., che ridisegna i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sul presupposto che le materie ad essa assoggettabili "devono essere 'particolari' rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo" (ivi, 2200).

Un'importante occasione di lettura da segnalare, quindi, e tanto più inconsueta dal momento che complessità dell'ordinamento e tecnologie dell'informazione congiurano da tempo contro approfondimenti sistematici di questo tipo. Le letture all'impronta, da gettare in rete pochi giorni dopo la pubblicazione dell'ultima sentenza o l'approvazione del nuovo testo normativo, hanno ingrossato un vero e proprio genere letterario, ormai contraddistinto dalle proprie specificità e dalle proprie regole interne, che cerca di arginare e filtrare il torrente di informazioni giuridiche che giornalmente inonda le nostre scrivanie, più o meno virtuali.

Il flusso è così intenso che si sta perdendo l'abitudine, non dico alla costruzione sistematica — davvero desueta nel suo taglio ottocentesco — ma persino alla messa in ordine e alla rassegna dei tanti dati individuali: avvertiamo l'intensità delle trasformazioni, ne registriamo in linea diretta le innovazioni anche le più minute, ma quasi mai invece ne riusciamo a percepire la direzione di senso, l'incidenza sulle matrici disciplinari consolidate, la capacità o l'incapacità a sedimentarsi sul lungo periodo.

Sorprende quindi e colpisce ancor di più, nella radicale alternatività dell'approccio metodologico, l'ultima, grande, fatica di Andrea Orsi.

Questa volta è il *Sonntagsdenker* a guidare il gioco e con mano ferma e perfettamente consapevole ad alzare il tiro, non solo sublimando i singoli tasselli normativi, ma individuando una posta di assoluto rilievo che farebbe impallidire i più: l'espunzione dei nuclei, ultimi e più resistenti, della specialità amministrativa, con il conseguente, radicale, superamento dello stesso paradigma amministrativo.

2. Il ragionamento è tutt'altro che astratto, tutt'altro che inattuale: il *leading case* chiamato per l'appunto a verificare i termini di compatibilità costituzionale della giustizia amministrativa, lungamente atteso, si è concretizzato — come si diceva — proprio quando il lavoro di Andrea Orsi era ormai in fase conclusiva. È la Corte costituzionale a riequilibrare significativamente il riparto, mettendo — almeno per il momento — il suggello ad una fase di estrema tensione giurisprudenziale, tra giudice ordinario e amministrativo, che data dalla sentenza delle Sezioni unite n. 500 del 1999. La Corte archivia con decisione una stagione di politica legislativa che già dall'inizio degli anni novanta si era mossa verso la sostituzione progressiva dei criteri tradizionali di riparto con l'individuazione enumerata di blocchi di materie, imboccando un sentiero che — come non avevano mancato di sottolineare le ordinanze di rimessione — aveva finito per fare del Consiglio di Stato non più il 'giudice nell'amministrazione', ma il 'giudice dell'amministrazione'.

Restato orfano per strada di un percorso parallelo di riforma della seconda parte della costituzione, che avrebbe dovuto formalizzare anche sul piano costituzionale i nuovi equilibri del riparto, ispirati ad un sensibile ridimensionamento del carattere dualistico del sistema, il disegno legislativo si è trovato esposto ai limiti rigorosi di compatibilità costituzionale della giurisdizione amministrativa sui diritti (art. 103 c.1. cost.) ed è quindi caduto, senza grossi clamori né grosse sorprese, sotto la scure della Corte costituzionale.

Non è fortunato il legislatore italiano: appena si accosta al sistema di giustizia amministrativa, un sistema immobile che ha vissuto per quasi un secolo, sino almeno alla istituzione dei T.a.r., di microassessamenti legislativi e di concordati giurisprudenziali, incappa nell'illegittimità costituzionale. Ma, eccessi di disinvoltura del legislatore e qualche forzatura di troppo da parte delle opzioni esegetiche di Palazzo Spada hanno reso inevitabile la pronuncia della Corte, ben istruita dai giudici a quo sulla base di presupposti testuali difficilmente aggirabili.

Con questo, è difficile mettere a tacere la sensazione di trovarsi quasi di fronte alla vendetta postuma delle clausole generali delle storiche leggi del 1865 e del 1889 e dell'incredibile rovello esegetico da esse sollevato: di certo, in un sistema i cui equilibri sono stati tempo per tempo determinati da giurisprudenza e dottrina, distribuire per legge la giurisdizione è divenuto compito ingrato e quanto mai insidioso.

Rafforza questa sensazione la motivazione della sentenza che sceglie, quasi con puntiglio, la strada dell'interpretazione storica per giungere alla dichiarazione di illegittimità. Ed alla fine, con una qualche, mal celabile, insoddisfazione, si ha l'impressione che sia un legislatore incatenato alla storia — e, nel caso italiano, incatenato anche ai suoi equilibri, non di rado, bizzarri — più che a dei valori costituzionali quello che la sentenza ci restituisce.

Il congelamento costituzionale del sistema di giustizia amministrativa, con la prima imbalsamazione normativa della nozione di interesse legittimo, non appartiene infatti alle pagine auree del costituente del secondo dopoguerra. Se la Corte non poteva prenderne le distanze — come avevano fatto per tempo e con inconsueta nettezza Giovanni Miele e Silvio Lessona — ce ne poteva però offrire un ritratto meno tradizionale — si pensi alla lettura delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa operata più di 40 anni fa da Vittorio Bachelet ed opportunamente valorizzata da Andrea Orsi — fugando il dubbio di aver elevato la storia stessa a parametro di costituzionalità. Ed appunto, la nostra storia, ricca di complessità, di contraddizioni, di incoerenze, di conflitti ripetuti e costanti, e costellata di espedienti esegetici, molto spesso — dobbiamo ammetterlo — dimostratisi privi di qualsiasi futuro sistematico.

È un dato storico incontestabile che l'Assemblea non segua Piero Calamandrei sulla strada della giurisdizione unica: il Consiglio di Stato

— afferma senza mezzi termini in Commissione il giurista fiorentino — « non è un organo disciplinato in maniera armonica, simmetrica e razionale, ma un organo venuto su come una vecchia casa che fosse stata mano a mano riattata e ampliata per rispondere alle nuove necessità della famiglia ». « Dovendosi rifare la costituzione dello Stato non sarebbe male ricostituire l'istituto in base a criteri più razionali » ⁽³⁾. Questo progetto, radicale ed eversivo della continuità amministrativa che la Costituente stava avallando, non si traduce in norma costituzionale: la Carta non considererà « esaurite le ragioni storiche per cui erano state create le sue Sezioni giurisdizionali », né farà propria la scelta di « trasferire alla Magistratura ordinaria le funzioni che quelle hanno finora adempiuto » ⁽⁴⁾. Proprio perché il Consiglio di Stato si confermava, anche nella frattura costituente, un pilastro fondamentale del sistema di giustizia amministrativa ed un pilastro ora ammantato anche di vesti costituzionali, l'interpretazione storica delineata oggi dalla Corte non diventa « victime d'une lecture à rebours » ⁽⁵⁾ e può presentarsi, da questo punto di vista, come sostanzialmente esente da forzature interpretative.

Ma forse è anche vero che messa sull'avviso dalle ordinanze di rimessione ⁽⁶⁾, a 60 anni di distanza dal riconoscimento (ancora Calamandrei, seduta pomeridiana del 9 gennaio 1947) che « la differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo va diventando sempre più capillare e sottile » ⁽⁷⁾, la Corte avrebbe forse potuto accettare con un

⁽³⁾ Intervento di Calamandrei, Seduta pomeridiana di giovedì 9 gennaio 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. VIII, *Commissione per la Costituzione. Seconda Sottocommissione. Seconda Sezione. Sedute dal 5 dicembre 1946 al 27 gennaio 1947*, Roma, Camera dei Deputati-Segretariato generale, 1971, pp. 1983-84.

⁽⁴⁾ Ivi, p. 1984.

⁽⁵⁾ Come è accaduto alcuni anni fa al *Conseil constitutionnel*, 'reo' di aver coniato con una celebre decisione (23 janvier 1987 n. 86-224, *Conseil de la concurrence*) un fondamento costituzionale del giudice amministrativo e del suo potere di annullamento e riforma degli atti di potestà pubblica, ricollegandolo alla legge rivoluzionaria 16-24 agosto 1790 ed alla « conception française de la séparation des pouvoirs », quando agli occhi dei Costituenti del 1789 il principio di separazione dei poteri non implicava affatto la sottrazione del contenzioso amministrativo ai tribunali ordinari. Sul punto, G. VEDEL, *La loi du 16-24 août 1790: Texte? Pretexte? Contexte?*, in « *Revue française de droit administratif* », VI, 1990, pp. 698 ss.; p. 708.

⁽⁶⁾ Proprio il giudice a quo (Tribunale di Roma, ord. 31 luglio 2002, così come sintetizzata nella motivazione della Corte, pp. 2185-86) instilla il dubbio che il « momento storico attuale » sia caratterizzato « dalla regressione del momento autoritativo nel rapporto tra apparato pubblico e società civile » e dalla mancanza di « riferimenti normativi di sicura individuazione del soggetto 'pubblica amministrazione' e della materia 'servizi pubblici' ».

⁽⁷⁾ Intervento di Calamandrei, cit., p. 1985: « è difficilissimo capire esattamente dove finisca il compito della magistratura ordinaria e dove cominci quello delle Sezioni Giurisdizionali del Consiglio di Stato. La differenza tra diritto soggettivo ed interesse legittimo va diventando sempre più capillare e sottile. Una differenza sostanziale vi

più prudente beneficio d'inventario la persistente capacità distintiva di una « pubblica amministrazione-autorità », sdrammatizzando quella trincea del riparto che la guerra tra le giurisdizioni ha mantenuto sulla linea del fuoco per ben due secoli.

Senza contare che una raffigurazione del giudice amministrativo come giudice del potere ipostatizza un fondamento costituzionale della giustizia amministrativa che in costituzione non esiste e che neppure può essere preso di peso dai sacri testi ottocenteschi — come sposando troppo affrettatamente la vulgata giurisprudenziale argomenta la Corte — dal momento che soltanto ai celebri concordati, che formalizzavano sull'onda dei tanti 'affievolimenti' la drastica torsione del mito del giudice unico, doveva farsi risalire l'impossibilità di far coesistere potere amministrativo e diritto soggettivo e la preclusione di ogni intervento del giudice ordinario sul 'cattivo esercizio del potere'.

La sensazione di un ritorno al passato, alle pietrificazioni costituzionali, sul fronte giurisprudenziale, è quindi forte e marcata, confortata anche dal lessico molto tradizionale della motivazione. La Corte, è stato fatto subito notare nei tanti commenti alla sentenza, non arresta gli sviluppi processuali degli ultimi anni, dall'estendersi delle azioni esperibili al sostanziale incremento dei poteri istruttori del giudice, sino al decisivo potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto. La giurisdizione esclusiva resta e resta con gli attributi di pienezza di cognizione, di giudizio, di decisione, che il d.lgs. 80 del 1998 e la L. 205 del 2000 vi avevano progressivamente introdotto.

Nondimeno, l'essere risospinti sul riparto, sulla frontiera sempre più usurata tra diritti e interessi, sul quell'« inestricabile nodo gordiano » più volte evocato in motivazione e che tanto ricorda l'« esiguo confine di facile trapasso » di ottocentesca memoria, pone qualche interrogativo. Specialmente se questo avviene nel momento in cui il nesso legittimità-risarcibilità sembrava aver imboccato, sia pur con tutte le cautele del caso, a partire dall'ormai imposta pregiudizialità dell'annullamento, un circolo di tutela più virtuoso ed in buona parte inedito nell'ordinamento italiano.

Così come interpretato dalla Corte, il freno costituzionale non sembra, quindi, in grado di introdurre innovazioni di segno significativamente positivo. Per quanto scontata, per quanto sapientemente ammonitrice nei confronti dei poteri del legislatore, la sentenza conferma infatti uno dei tratti caratteristici — e deteriori — del nostro

poteva essere quando vi era una netta distinzione tra il diritto pubblico ed il diritto privato; ma quando, come avviene attualmente in una quantità sempre maggiore di rapporti, gli istituti del diritto pubblico si vanno rivestendo di carattere privato e in istituti che erano prima di puro interesse privato si va sempre più infiltrando l'interesse collettivo, riesce difficilissimo vedere fin dove arrivi il diritto soggettivo e dove invece cominci l'interesse occasionalmente protetto ».

sistema di giustizia amministrativa: la lotta tra le giurisdizioni s'impone sempre e comunque sulla scelta della maggiore adeguatezza della tutela.

3. L'alternativa *Werktagsarbeit/Sonntagsgedanken* per noi lettori diventa così una dialettica quanto mai concreta, tangibile, verificabile.

Da un lato, la Corte costituzionale si fa paladina della voce della tradizione, della logica storicamente sottesa all'articolazione del sistema italiano di giustizia amministrativa; mette sì la sordina agli eccessi di un legislatore portato a realizzare in modo surrettizio, all'interno di un sistema strutturalmente dualistico, un monismo di sostanza quasi integralmente imperniato sul giudice amministrativo, ma conferma anche che gli spazi di tutela riservati al giudice ordinario possono dispiegarsi soltanto su rapporti giuridici lontani dall'estrinsecazione del potere amministrativo. Una voce della tradizione, quella della Corte, che non a caso riporta al centro dell'ordinamento i criteri del riparto ed un giudice amministrativo visto come principale baluardo della legittimità amministrativa.

Dall'altro lato, invece, forte del proprio privilegio di immaginazione, il giurista spicca il balzo oltre la tradizione, mette in questione la specialità, la collateralità, le fattispecie sintomatiche, l'interesse legittimo immerso e sommerso nel processo di definizione dell'interesse pubblico: nelle pagine di Andrea Orsi il ritorno non è del riparto, ma della giurisdizione unica e della sostanziale unità della funzione giurisdizionale.

Le conseguenze sono rilevanti. Dove la fantasia del giurista può correre con maggiore libertà, l'assorbimento completo della giustizia amministrativa all'interno dei postulati fondamentali della funzione giurisdizionale, il suo tornare ad essere *tout court* giustizia e giurisdizione, senz'aggettivi, hanno un immediato effetto di ridimensionamento della specialità: il criterio del diritto amministrativo non è più introvabile; più semplicemente lo si smette di cercare, negandone in radice l'esistenza e restituendo per intero alla logica e agli istituti del diritto comune anche i caratteri sostantivi, metaindividuali, propri del diritto dell'amministrazione. Il potere amministrativo in quanto posizione precostituita ed apodittica di supremazia non esiste più; se ne arrestano le possibilità argomentative a sostegno della specialità.

Il balzo oltre la tradizione è dunque quasi ferino: non coinvolge soltanto il massimo momento di sublimazione di quella tradizione, quello gianniniano, ma impatta anche tutte le letture adeguate della tradizione in senso paritario e partecipativo, da quella di Feliciano Benvenuti sino a quella di Mario Nigro (pp. 21-22), arrestatesi però di fronte alla conservazione della natura tipicamente pubblicistica della tutela scaturibile dal rapporto amministrativo. Esiti problematici e critici, questi ultimi, della tradizione dello Stato di diritto, ma pur sempre interni ad una storia del diritto pubblico come diritto dell'autorità e delle sue manifestazioni e dunque fortemente segnata da una

specialità chiusa nei confronti del carattere individualistico della tutela giurisdizionale e portata a rafforzare in una giustizia tipicamente amministrativa lo spazio della funzione e dell'interesse pubblico.

Eccesso di potere come vizio della funzione; procedimento come modo di estrinsecazione e di farsi del potere; interesse legittimo come momento di partecipazione alla realizzazione dell'interesse pubblico, cadono uno dietro l'altro, di fronte alla forza espansiva della giurisdizione e del suo carattere individualistico, di fronte alla negazione di ogni possibile plusvalore giuridico della statualità e della sovranità.

La posta in gioco — l'abbiamo già sottolineato — è particolarmente alta: l'unità della giurisdizione è assunta nel suo significato più radicale; il mito del giudice unico è rispolverato non per assestare secondo nuove relazioni gli equilibri del riparto, ma per negarli in radice, smussando le invarianti del modello continentale e riportando integralmente il diritto amministrativo alla logica dell'intrinseca paritarietà del rapporto giuridico. Un brusco ritorno al futuro, quindi, una fuga in avanti, che, paradossalmente, ad un primo approccio, sembra segnare un arretramento vistoso degli orologi, in grado di cancellare due secoli esatti di storia amministrativa e di riportarci ad un momento in cui l'amministrazione non è stata ancora elevata a potere.

L'azzeramento della tradizione è infatti talmente radicale che lo storico del diritto ha sul momento l'impressione di essere stato bruscamente riportato all'indietro, controcorrente, addirittura all'ultimo decennio del Settecento, ad un modello rivoluzionario puro, precedente la scoperta del diritto amministrativo, al disegno — dimostratosi irrealizzabile di fronte alle prepotenti esigenze di istituzione del sociale proprie dello Stato ottocentesco, ma che pure la società rivoluzionaria aveva coltivato — di un'amministrazione generale senza diritto amministrativo. Ma è un'impressione fugace: nelle pagine di Orsi non è in discussione la centralità che l'amministrazione si è conquistata in questi due secoli decisivi di storia amministrativa, prima a spese di quella virtù repubblicana di una nazione di cittadini attivi rapidamente eclissatasi di fronte alle pressanti esigenze di governo della borghesia; più tardi, definitivamente consolidatasi come asse portante delle nuove funzioni sociali del potere pubblico.

La scommessa non si rivolge quindi contro la storia, né si ripromette di mettere in discussione i suoi esiti ancor'oggi corposi e tangibili, malgrado i recenti alleggerimenti del pubblico potere. Si gioca su di un altro piano, su di un piano più propriamente sistematico, interno allo stesso statuto disciplinare del diritto dell'amministrazione. Così, malgrado una simpateticità che più volte si avverte con le scelte del legislatore dell'unificazione (p. 157), non è il dottrinarismo ottocentesco dei Mancini e dei Borgatti, espressione di una fase di primissimo consolidamento della giurisdizione amministrativa, a suo modo fortemente segnata dalla specialità del potere, a ritornare in auge.

Ma se non è il mito del 1865 a rinverdire i suoi fasti, dove ci conduce l'insolito 'pensiero domenicale' che anima questa drastica depurazione della tradizione? Come possono coesistere nella lettura in contemporanea del medesimo ordinamento positivo due raffigurazioni così diametralmente divergenti: una giustizia amministrativa dagli inconfondibili toni ottocenteschi, che continua pesantemente ad aleggiare nella pietrificazione storica operata dalla Corte, ed una giustizia non amministrativa, interamente riassorbita nella unicità, costituzionale, della funzione giurisdizionale, che viene fuori con forza, sotto le mentite spoglie della « domanda stravagante » (p. 3) della possibile (in) compatibilità costituzionale della giustizia amministrativa, dalla coraggiosa trasfigurazione ermeneutica di Andrea Orsi?

4. Cerchiamo di sgombrare prima il campo da possibili assonanze.

Il 'pensiero domenicale' non cavalca intanto la contrapposizione storica o teorica dei modelli: l'universo ordinamentale e scientifico di riferimento di questa ricerca dello Stato di diritto è quello del solo ordinamento italiano e nessun ammiccamento al mondo di *common law* trapasce dalle pagine. Non ci sono aperture di maniera verso innesti o trapianti da oltre la Manica; non ci sono concessioni al lessico regolativo tipico delle sistematiche di oltre atlantico. Il panorama di riferimento rimane quello continentale con l'inconfondibile centralità assegnata al momento negoziale-provvedimentale nell'agire della pubblica amministrazione. E non potrebbe essere altrimenti: la lettura di Andrea Orsi è una lettura del diritto positivo nazionale vigente, non una riflessione de iure condendo, né un'analisi storico-comparativa.

Un altro possibile equivoco va preliminarmente messo da parte. Non siamo di fronte ad un'ennesima declinazione della prospettiva pan-privatistica, del tipo di quella che ancora occhieggia dall'art. 1 comma 1-*bis* della recentissima novella della legge sul procedimento amministrativo (L. 11 febbraio 2005, n. 15) e che ancor più nettamente connotava, all'art. 2, il disegno di legge Cerulli Irelli di « norme generali sull'attività amministrativa » dell'8 marzo 2000, all'origine dell'intera innovazione legislativa.

Qui non è in questione un problema di precedenza o di primato tra i diversi statuti giuridici della pubblica amministrazione, il negoziale ed il provvedimentale, il privato ed il pubblico; né uno studio degli spazi tecnici di 'intercambiabilità' tra moduli privatistici e pubblicistici. La trasfigurazione ermeneutica, muovendo dagli enunciati normativi offerti dal diritto positivo, accetta la storica duplicità degli statuti, primo fra tutti proprio quello potestà/soggezione, per tuffarsi in una nuova raffigurazione sistematica dei rapporti giuridici di diritto pubblico.

La trasfigurazione ermeneutica poco ha a che spartire anche con i tentativi di destrutturazione della « grande commedia dello Stato di

diritto»⁽⁸⁾, come si premura subito di avvertirci il titolo del volume, che dimostra, ben al contrario, quanto quel lessema sia preso sul serio. Né una critica al principio di supremazia dell'amministrazione, all'insegna della riunificazione delle due leggi del paese in un unitario diritto comune, alla Bruno Leoni; né una critica dell'assolutismo giuridico ed una demistificazione del primato della legge e della gerarchia delle fonti, alla Paolo Grossi, troveremo nelle pagine di Orsi. Resta fuori dalla prospettiva ermeneutica, che in modo serrato si dispiega in queste pagine, la critica all'identificazione diritto-legge; e, resta fuori, salvo che per gli esiti più interni alla sistemica amministrativa tradizionale, anche l'attacco alla sovradeterminazione politica della statualità — da qui passata alla raffigurazione dell'amministrazione servente della legge — pronta a soverchiare la società e ad assorbire e a monopolizzare ogni forma di giuridicità.

La 'riflessione domenicale' è la riflessione del giurista che si appoggia e spinge sino al massimo limite di compatibilità semantica l'interpretazione sistematica, ma che muove pur sempre da enunciati normativi cui cerca di restituire una nuova e diversa articolazione di senso. Lo smontaggio dei costrutti della specialità — primo fra tutti proprio la frattura tra giurisdizione ordinaria e amministrativa — avviene dall'interno. Il carattere individualistico della tutela (art. 24 Cost.), da un lato, il 'giusto processo', dall'altro, forte del valore normativo dell'espressione 'ogni processo' che nella nuova redazione dell'art. 111 Cost. ne generalizza le prospettive applicative, diventano il punto di attacco al cuore del diritto amministrativo sostanziale. Con nuove argomentazioni, l'antico aforisma *jurer c'est juger* ancora si oppone al brocardo napoleonico *jurer l'administration c'est encore administrer* e soprattutto ai suoi esiti di lunga durata, che ancora cementano il giudice amministrativo come il massimo artefice della specialità.

La ricostruzione sistematica del disegno costituzionale prende il sopravvento sull'interpretazione letterale e sulla ricerca della storica intenzione dei Costituenti. Ma è un prevalere dolce, che procede con la levità fantastica del romanzo, in cui il giurista — si dia uno sguardo al divertentissimo sommario con i suoi toni allusivi e semiseri — quasi assume le vesti dell'*ingegnoso Hidalgo* alle prese con i mulini a vento della specialità amministrativa. Eppure, l'autore è ben altrimenti deciso e convinto della sostenibilità delle proprie tesi, per quanto audaci: il giurista fantasioso si rifugia nella proprie 'stravaganti' domande piuttosto che 'rinsavire' di fronte alla dura realtà del diritto positivo, legislativo o giurisprudenziale che sia.

Nessuna fuga onirica, comunque. Il giudice amministrativo ed il

(8) Penso in particolare alla Premessa del manuale di G. BERTI, *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, pp. 3-7, da cui è tratta la citazione nel testo.

dualismo pietrificato non si dissolvono per incanto. La compatibilità costituzionale non può travolgere un sistema organizzativo che la stessa costituzione ha solennemente ratificato. L'unità della giurisdizione che avvicina ad un modello compiuto di Stato di diritto ha un significato diverso, sostanziale più che organizzativo; esprime la confluenza di ogni processo, di ogni giudizio, nella cultura (unitaria) della giurisdizione e nel carattere necessariamente individualistico della tutela giurisdizionale. Non è il giudice amministrativo in quanto tale a perdere la propria cittadinanza costituzionale: fuori della costituzione si pongono però tutti gli annacquiamenti legislativi dell'imparzialità e dell'indipendenza del giudice e così un certo tipo di giudizio amministrativo: quello a tipo oggettivo, che trova nell'occasionalità della situazione giuridica che legittima il ricorso il suo tratto più caratteristico.

La trasfigurazione ermeneutica torna sulla terra, non abbraccia unità organizzative della giurisdizione, irraggiungibili sul puro piano dell'interpretazione; investe gli istituti, le categorie concettuali; gioca sul terreno che gli è più familiare, quello delle definizioni e delle costruzioni sistematiche. Il 'pensiero domenicale' ha un immediato e confessato obiettivo concettuale: muovere da « una rilettura sistematica della costituzione » e da « un ordito di teoria generale » per approntare, di contro alla « implosione del paradigma amministrativistico » ed « alla crisi interna del diritto amministrativo », « una soluzione adeguata » (p. 123).

Soluzione adeguata significa, in primo luogo, ridefinizione, *ab imis fundamentis*, della nozione di interesse legittimo, con il conseguente spostamento dell'orbita del riparto dalle situazioni soggettive al *petitum*, messo da parte alla fine dell'Ottocento, in preciso parallelo con il 'successo' dogmatico-giurisprudenziale della nozione. Un altro ritorno non casuale: l'obiettivo di una ricucitura della frattura tra le situazioni soggettive — quasi un debito storico nei confronti di quei maestri, da Mortara a Cammeo, che non avevano inteso abbandonare la sponda, unitaria, del diritto soggettivo — appare infatti oggi più facilmente avvicinabile, considerato che la proclamazione giurisprudenziale della risarcibilità dell'interesse legittimo ha avuto l'effetto di una rivoluzione copernicana, sbaragliando sovradeterminazioni consolidate e tratte e mettendo da parte « disequaglianze istituzionali » — come le ha efficacemente definite Franco Ledda — stratificatesi sin dall'invenzione dello stesso lessema.

È in questa prospettiva che l'interesse legittimo, congelato nei caratteri impressigli dalla tradizione, si scioglie, liberandosi dei tratti di occasionalità, accessorietà all'interesse pubblico, fragile radicazione individualistica. Ripudia il proprio contraddittorio sentiero di faticosa costruzione di una specialità di tutela giurisdizionale oltre le frontiere del diritto soggettivo. Cessa di essere ad un tempo un mero espediente esecutivo ed un segno tangibile delle sovradeterminazioni statualistiche.

L'interesse legittimo compatibile con lo Stato di diritto deve essere un'altra cosa. Non può più rappresentare la risultante del carattere unilaterale della norma rivolta all'amministrazione, il riflesso, sul piano delle situazioni soggettive, di quella norma d'azione per principio irriducibile ad un pieno rapporto giuridico. Deve identificarsi in « una forma di protezione diretta dell'interesse individuale nell'ambito di un rapporto giuridico paritario », deve condividere e respirare l'atmosfera individualistica che ogni tutela giurisdizionale porta con sé.

Ecco, sono questi i termini di compatibilità costituzionale della giustizia amministrativa: le condizioni che consentono di disseccare interamente « sul maestoso albero della giustizia » la « malefica fungosità » (p. 7, dove si riprende una colorita espressione di Silvio Lessona) che ancora allontana il giudice amministrativo da una compiuta unità della giurisdizione. Queste le risposte alla « domanda stravagante » di partenza.

Il cerchio, tuttavia, ancora non si chiude; *l'ingegnoso Hidalgo* ancora non si appaga. Alcune pagine, particolarmente preziose (pp. 112 e ss.), che ridimensionano le capacità euristiche delle incursioni dell'interesse legittimo in alcuni ambiti del diritto privato, fanno implicitamente comprendere al lettore che una soluzione adeguata alle difficoltà del paradigma amministrativistico non può essere individuata nella semplice ripulitura delle categorie concettuali, tanto meno se la strada che si sceglie è quella del diritto soggettivo alla legittimità dell'atto, indicata da alcuni « antichi segnavia » (p. 149), tanto antichi da poter già vantare, tra gli 'sconfitti' delle storiche querelles ottocentesche, qualche significativa anticipazione.

Quel progetto concettuale che sopra si segnalava ha ben altri obiettivi: primo fra tutti quello di recuperare al lessico ed alla grammatica giuridica del diritto comune anche i più pesanti fardelli della specialità, a partire dal nesso funzionalizzazione-vincolo di scopo, che identifica il nucleo più solido e profondo della specialità-garanzia. Oltre le « disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica », è proprio questa matrice di specialità ad essere messa oggi in discussione da Andrea Orsi nelle sue trame concettuali e nelle sue storiche incompiutezze. Anche i rapporti di soggezione prendono quindi la strada del rapporto giuridico e della parità del rapporto, condividendo con i poteri dispositivi privati lo stesso raggio problematico, magari solo con una diversa calibratura delle aree del rapporto regolate dalla norma. Persino dagli esiti garantistici della legittimità si inizia a prendere le distanze, almeno quando quegli esiti sboccano in forme di tutela speciali e minori rispetto alla tutela piena offerta dalla cognizione del diritto e del fatto. E per lo stesso eccesso di potere si propone un riassorbimento all'interno delle problematiche generali e comuni ruotanti intorno al concetto di causa del negozio giuridico (p. 165), che azzera il percorso secolare della specialità e richiama soluzioni teoriche

che da Cammeo in poi hanno lasciato tracce significative nella scienza giuridica italiana.

Ma a questo punto, necessariamente, la soluzione fuoriesce dal solo ordinamento italiano, impatta l'intero modello continentale, proponendo un ritracciamento complessivo dei sentieri lungo i quali si è storicamente snodato l'approdo alla legittimità amministrativa. E la scommessa — davvero affascinante da seguire nei suoi sviluppi — sarà quella di far transitare ed evolvere in questo nuovo, ed insieme antichissimo, impianto concettuale, poggiante sul rapporto tra obbligo e diritto soggettivo, quel nucleo di garanzie costruito al di là della signoria della volontà ed al di là della giurisdizione sui diritti, in quel contenzioso *d'annulation*, tipicamente oggettivo e per il quale neppure si richiedeva patrocinio di avvocato, scaturito tra Secondo Impero e Terza Repubblica dalla fucina pretoria del *Conseil d'Etat* e che resta la più formidabile delle invenzioni della specialità.

Riserva di amministrazione e carattere individualistico della tutela giurisdizionale hanno solo soppiantato una dialettica cui una volta si dava il nome di autorità-libertà e che allora ruotava ed ancor oggi continua a ruotare intorno al grande tema della discrezionalità e dello Stato di diritto e quindi sui limiti di riducibilità giuridica del potere. Un ritorno al futuro che conforta e che allontana, almeno per un attimo, la sensazione sgradevole dell'effimero e del contingente cui il presente sembra irrimediabilmente condannarci. Non c'è che da augurarsi che l'immaginazione continui ancora a lungo ad assistere il giurista nei suoi 'stravaganti pensieri domenicali'.

DAMIANO CANALE

LA TENSIONE VERSO UN DIRITTO GIUSTO TRA PRESENTE E STORIA

(a proposito di HASSO HOFMANN, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica* (2000), prefazione di G. Duso, trad. it. di L. Basso e M. Tomba, revisione di E. Cafagna, Laterza, Roma-Bari, 2003)

1. Variazioni di genere. — 2. Elusione della questione del giusto e suo continuo riemergere nella filosofia del diritto contemporanea. — 3. Concetto, concezioni e consenso per intersezione. — 4. Esperienze originarie del torto subito. — 5. Concezioni moderne del giusto inteso come corollario della libertà dell'individuo. — 6. Le categorie del 'giuridico'.

1. *Variazioni di genere.*

Il genere letterario del 'manuale' vive oggi una seconda giovinezza nelle università italiane: la nuova articolazione dell'insegnamento attuata *ex lege* dalla riforma, e il diverso disciplinamento dei saperi ad essa sottesa, hanno infatti reso necessari strumenti didattici rinnovati, anche e soprattutto nelle facoltà di giurisprudenza. Si tratta, per l'appunto, di 'manuali', 'compendi', 'introduzioni' in grado di fornire — entro un arco di pagine predeterminato dal sistema dei crediti formativi — una sintesi dei contenuti essenziali di una certa disciplina, dei suoi principi fondamentali, oltre che degli strumenti metodologici di cui gli studiosi di tale disciplina si servono. Gli insegnamenti istituzionali di diritto privato e di diritto pubblico, così come quelli di diritto commerciale, diritto del lavoro, filosofia del diritto o storia del diritto, si stanno così via via dotando di libri di testo particolarmente agili e schematici, frutto di un'opera di distillazione dei saperi talora quanto meno acrobatica, e con effetti difficilmente prevedibili tanto sulla competenza professionale dei futuri operatori del diritto, quanto sulla cultura giuridica italiana complessivamente intesa.

Se consideriamo con più attenzione l'ambito specifico della filosofia del diritto, assistiamo tuttavia ad un fenomeno singolare. Tra la nuova manualistica di recente pubblicazione, si distinguono infatti alcuni lavori che anziché fornire una trattazione condensata dei concetti chiave della disciplina, delle tradizioni di pensiero o delle tesi sostenute dai singoli autori, si configurano come opere filosofiche a tutto tondo: non

cioè come sintesi di un ambito del sapere, ma come contributo alla riarticolazione di questo stesso ambito, alla riconfigurazione dei concetti che ne costituiscono l'asse portante ⁽¹⁾. Questo fenomeno, apparentemente paradossale, ha radici diverse. Da un lato sembra costituire una forma di reazione immunitaria al processo di specializzazione della filosofia del diritto. Così come nell'ambito delle scienze cognitive e delle scienze sociali, nel corso dell'ultimo ventennio si è infatti assistito al moltiplicarsi delle cosiddette 'filosofie del diritto settoriali', overosia alla nascita di ambiti di riflessione filosofico-giuridica (logica deontica, teorie del ragionamento giuridico, teoria dell'interpretazione, filosofia del diritto costituzionale, filosofia dei diritti umani, filosofia della differenza ecc.) dotati vieppiù di uno statuto e di un linguaggio peculiari, di stili di ragionamento autonomi, di apparati concettuali distinti, oltre che di spazi di discussione differenziati ⁽²⁾. Col proliferare delle 'filosofie' del diritto, commisurate alla discussione di problemi particolari, si è così persa di vista la filosofia del diritto tradizionalmente intesa, vale a dire l'interrogazione relativa a cos'è il diritto, a quale rapporto vi sia tra il diritto e la giustizia, tra il diritto e il potere, tra il diritto e la società. I generi letterari del 'manuale' e dell' 'introduzione', in virtù del carattere di compendio generale che viene loro tradizionalmente attribuito, offrono tuttavia l'occasione per recuperare queste domande fondamentali, garantendo oltretutto un cospicuo vantaggio all'autore: quello di poter rinunciare ad ogni esasperato specialismo, ad una serrata esegesi testuale, al confronto con apparati critici spesso sterminati; in breve: consentendogli di dar libero corso all'esercizio speculativo di riconfigurazione concettuale. Il manuale, prestandosi ad

⁽¹⁾ Bastino qui due esempi per tutti. Francesco VIOLA e Giuseppe ZACCARIA, nel loro recente *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, sfruttano la forma-manuale per proporre un radicale rovesciamento del modo consueto — tipico del positivismo giuridico, nelle sue diverse declinazioni — di accostarsi alla domanda 'cos'è il diritto?', adottando una strategia espositiva che muove dal problema dell'interpretazione, e dunque della comprensione del senso del diritto, per ridefinire la portata ed i limiti degli altri grandi problemi filosofico-giuridici, come quello della validità, dell'obbligatorietà e del rapporto tra diritto e morale. Altrettanto sintomatico della tendenza richiamata nel testo mi sembra il volume di M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 307. In questo caso, diversamente da Viola e Zaccaria, l'Autore non muove da un approccio comprensivo originale — qual è quello dell'ermeneutica giuridica — per riformulare gli interrogativi di base della filosofia del diritto. La trattazione segue qui un ordine del discorso tradizionale, tipico della manualistica di impostazione giusanalitica; non di meno, in merito a molti nuclei problematici classici (rapporto diritto-morale, definizione del diritto, teoria dell'interpretazione), l'Autore problematizza schemi d'analisi consolidati e propone tesi innovative, finendo col trasformare sensibilmente il piano concettuale da cui il suo discorso muove.

⁽²⁾ Cfr. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), trad. it. di C. Colli, Bologna, Il Mulino, 2001, in particolare p. 313. Per un quadro riassuntivo dei molteplici indirizzi del discorso filosofico-giuridico contemporaneo, vedi C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea. I temi e le sfide*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

un uso inattuale e al contempo innovativo della sua forma, consente cioè un recupero di quella pratica filosofico-giuridica fondamentale che le 'filosofie' del diritto settoriali rischiano di mettere tra parentesi, non solo in Italia. Ma il fenomeno di cui stiamo parlando trova forse ragioni ancor più profonde, legate ai caratteri peculiari che distinguono la filosofia del diritto dagli altri insegnamenti impartiti in una facoltà di giurisprudenza. Mi riferisco all'intrinseca resistenza del discorso filosofico-giuridico — laddove questo pretenda di dirsi tale — di lasciarsi sintetizzare in un elenco di nozioni, di modelli teorici o metodologici, di risposte alternative ad un medesimo problema, di paradigmi di pensiero succedutisi nella storia. Si tratta infatti di un discorso i cui contenuti non sono indifferenti al concreto sviluppo del discorso stesso, all'articolarsi della sua esposizione, ma che trovano in questo aspetto un loro elemento essenziale. Non è possibile cioè riassumere in un compendio i risultati della ricerca filosofico-giuridica, anche e soprattutto a fini didattici, senza con ciò rinunciare alla filosofia. Ne segue l'esigenza di piegare la forma-manuale alla filosofia del diritto intesa come concreto esercizio del pensiero, trovando in questo genere letterario addirittura un'occasione propizia per recuperarne il senso fondamentale.

L'*Introduzione alla filosofia del diritto e della politica* di Hasso Hofmann, recentemente tradotta in italiano per i tipi della Laterza, costituisce un felice esempio di quanto detto. Come osserva l'Autore nella *Premessa* al libro, questo è « pensato come una sorta di introduzione », intesa tuttavia non come una « mera successione di singoli punti di vista » in ordine ai temi e ai problemi fondamentali della filosofia del diritto. Quesiti tradizionali come « cos'è il diritto? » e « a quali condizioni il diritto è giusto? » vengono infatti riformulati, al pari delle molteplici risposte che possono essere loro date, alla luce di un quadro critico e sistematico del tutto originale, articolato lungo due linee prospettiche fondamentali. In primo luogo, la presa d'atto che il diritto è parte costitutiva del modo di organizzare la vita in comune degli uomini: la riflessione attorno al diritto si interseca cioè necessariamente con quella relativa all'organizzazione della società e al suo ordinamento politico. Da qui la duplice caratterizzazione di questa *Introduzione*, concepita come itinerario attraverso i temi classici della filosofia del diritto e della 'filosofia politica', nell'accezione estensiva data dai traduttori al termine *Staatsrecht* che compare nel titolo originale dell'opera. In secondo luogo, la stretta connessione tra analisi concettuale e ricostruzione storica: gli assetti sistematici della filosofia del diritto vengono infatti ricostruiti a partire dalle peculiari esigenze storiche cui essi rispondono, esigenze a cui tali assetti, parallelamente, attribuiscono un senso, una direzione, contribuendo a determinare i loro effetti *nella* storia. Questa seconda presa d'atto sottrae il lavoro di Hofmann ad una duplice alternativa, consueta nella manualistica filosofico-giuridica italiana. Da una lato quella tra discorso 'teorico' e

discorso 'storico': in questa *Introduzione* ogni sistematizzazione concettuale di un quadro di problemi passa infatti attraverso l'individuazione dei paradigmi storici di riferimento, segnati da cesure e da trasformazioni spesso radicali, mentre la caratterizzazione di un paradigma storico non si esaurisce nella descrizione di una concatenazione di eventi o del pensiero di un autore, ma acquista un rilievo critico garantito dal quadro concettuale di riferimento (3). Ma il lavoro di Hofmann sfugge ad un'ulteriore contrapposizione sedimentata nella cultura filosofico-giuridica italiana: quella tra 'filosofia del diritto dei filosofi' e 'filosofia del diritto dei giuristi' (4). L'incursione nei grandi classici della filosofia del diritto, come Platone, Aristotele, Kant o Hegel, non resta infatti avulsa dai problemi concreti del giurista pratico, né dalla riflessione della teoria giuridica e politica contemporanea, ma consente, al contrario, una loro più approfondita chiarificazione. La stessa filosofia del diritto di giuristi come Kelsen, Hart, Ross o Dworkin viene in tal modo inserita in un quadro comprensivo più ampio, con esiti sorprendenti anche per il teorico del diritto e della politica allergico a qualsiasi richiamo a temi metafisici. Ne risulta un quadro complessivo dei concetti, dei problemi specifici, come pure del discorso dei singoli autori, assai ricco e stimolante, tale da rendere questa *Introduzione* un contributo significativo al dibattito filosofico-giuridico *tout court*, non solo uno strumento di supporto per un corso di lezioni universitarie. Va anzi notato che le peculiarità di cui abbiamo detto rendono il testo più facilmente accessibile agli addetti ai lavori piuttosto che allo studente delle facoltà giuridiche. Questi troverà talora ostico il procedere dell'argomentazione, né potrà agevolmente cogliere la raffinata rimodellazione del tessuto concettuale o l'originalità di talune chiavi di lettura. È questo d'altra parte il prezzo che Hofmann è costretto a pagare sul piatto di una scelta di campo apertamente contro corrente: quella di dar vita ad una sorta di 'anti-manuale', sfruttando questo genere letterario per riaffermare uno stile di lavoro critico e di riconfigurazione concettuale ad ampio raggio.

Alla luce di queste considerazioni, nelle pagine che seguiranno tenterò di ricostruire il quadro sistematico dei temi e dei problemi filosofico-giuridici progressivamente messo all'opera di Hasso Hof-

(3) Come osserva opportunamente Giuseppe Duso nella *Prefazione* italiana al volume, tale approccio « evita i pericoli sia di una trattazione di tipo storico-descrittivo, che neutralizza la riflessione critica, sia di un'analisi 'teorica' che, appiattendogli autori e i problemi in un quadro omogeneo, perda lo spessore dei cambiamenti radicali di prospettiva e rischi di muoversi all'interno di una scelta presupposta di valori » (p. VI).

(4) Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965, pp. 43-46. La celebre distinzione di Bobbio ha costituito recentemente la base di partenza di un progetto di ricerca nazionale ad ampio raggio, che ha coinvolto molte università italiane; i risultati di questa ricerca sono stati raccolti in *La filosofia del diritto dei giuristi*, a cura di B. Pieri e A. Rotolo, 3 voll., Bologna, Gedit, 2003.

mann in questa sua *Introduzione*. Non si tratta certo dell'unica lettura possibile, né di quella privilegiata dall'Autore, più incline alle contaminazioni che al rigore talora asfittico delle architetture sistematiche. Concentrando l'attenzione sulla struttura del libro e sulle forme di concettualizzazione che esso propone, diventa ad ogni modo più agevole porre in rilievo l'originalità della strategia argomentativa, della ricostruzione tematica, così come della lettura dei classici offerta da Hofmann in questo singolare lavoro. Tale linea interpretativa rischia certo di condurre il discorso al di là delle stesse intenzioni dell'Autore, forzandone talvolta, per così dire, la mano. Credo tuttavia sia questo il modo migliore da un lato per orientare il lettore nella complessità della trattazione, dall'altro per raccogliere la sfida che quest'opera lancia al filosofo del diritto, facendo nostro lo stile critico e ricompositivo che la caratterizza.

2. *Elusione della questione del giusto e suo continuo riemergere nella filosofia del diritto contemporanea.*

La via di accesso kantiana alla filosofia del diritto costituisce la pietra di paragone per gli sviluppi odierni di tale disciplina. Questa sembra essere la convinzione da cui muove Hofmann nella I parte del volume, dedicata, per l'appunto, ai concetti e ai problemi fondamentali della filosofia del diritto contemporanea. Si tratta di un'ipotesi interpretativa originale e suggestiva, che richiede ad ogni modo di essere specificata. Non è, quella di Hofmann, l'indicazione di una genealogia, di un filo conduttore comune da cui si dipanano indirizzi teorici o filosofici diversi. Pur considerando l'evidente influsso del kantismo (più che di Kant) nel pensiero filosofico-giuridico degli ultimi due secoli — basti qui il richiamo alla *Methodenlehre* di Savigny, alla discendenza del pensiero di Kelsen dalla scuola di Marburgo, al neo-giusnaturalismo di Del Vecchio, come pure alla pretesa universalistica del contratto originario del primo Rawls, per giungere alla deduzione pragmatico-trascendentale delle regole del discorso giuridico di Robert Alexy — un'ipotesi di questo tipo risulterebbe quanto meno azzardata e riduttiva. Kant viene qui chiamato in causa per ragioni assai diverse: nella *Rechtslehre* kantiana troviamo infatti una chiara formulazione del problema fondamentale della filosofia del diritto, e al contempo una complicazione critica delle sue soluzioni odierne. Come già ricordato in precedenza, due sono i questi di fondo a cui il filosofo del diritto è chiamato a rispondere: 'cos'è il diritto?', ovvero qual è l'essenza del diritto e dunque cos'è conforme a diritto, e 'quando il diritto è giusto?', ovvero a quali condizioni il diritto realizza la propria pretesa ad un ordine giusto. Se tuttavia formuliamo questi interrogativi mediante il lessico kantiano, ne deriva, sorprendentemente, una disarticolazione dell'apparato concettuale di cui si serve oggi il filosofo del diritto. In primo

luogo, assume forme esplicite l'origine stessa di questo interrogare, vale a dire da un lato la differenza tra ragione e torto (*Recht-Unrecht*), posta alla base di ogni nostra esperienza giuridica, e dall'altro lato la differenza tra giusto e ingiusto (*Gerecht-Ungerecht*), che indica il punto prospettico di qualsiasi ordinamento giuridico e decisione giudiziale: non il luogo di realizzazione del diritto, vale a dire un qualcosa di oggettivo, quanto la condizione di possibilità del suo differenziarsi dal torto, e dunque del suo manifestarsi in quanto diritto. Questa tensione prospettica (nel lessico di Hofmann: *differenza nomologica*) costituisce il *Leitmotiv* dell'intero libro e il suo centro propulsivo: su di essa dovremmo quindi soffermarci nuovamente a conclusione di questa nota ⁽⁵⁾. Vale la pena qui piuttosto sottolineare come il richiamo alle categorie della *Rechtslehre* kantiana — diversamente dall'uso strumentale che di esse viene oggi diffusamente fatto in letteratura per risolvere problemi particolari — conduca a complicare il modo consueto di accostarsi a questi stessi problemi. In Kant la domanda relativa a cos'è il diritto (*Recht*) non coincide infatti con quella relativa a cos'è conforme a diritto (*Rechtens*), al punto da istituire una distinzione categorica tra diritto e legge che eccede la possibilità di risolvere il problema del giusto nel meccanismo di legittimazione e di autorizzazione del comando sovrano. Parallelamente, la differenza nomologica tra diritto e giusto non si riduce a quella tra dovere giuridico esterno e dovere morale interno, e dunque ad uno spartiacque costitutivo tra diritto e morale che riduce la questione del giusto alle pulsioni e ai desideri individuali. Essa rinvia piuttosto al tentativo di Kant di individuare una dimensione del diritto ulteriore sia allo spazio del comando sanzionato sia a quella del dovere morale individuale, vale a dire una forma di « obbligo necessariamente possibile » (p. 10) ricavato dalla rappresentazione di un principio razionale *a priori*, vale a dire dall'idea di libertà. Ne deriva un insieme di precetti giuridici che non corrispondono certo a concrete disposizioni normative, ma che non di meno chiedono incessantemente di trovare realizzazione negli ordinamenti storicamente determinati ⁽⁶⁾.

Si può certo discutere in che misura l'immagine kantiana di un 'obbligo necessariamente possibile' fornisca una risposta convincente

⁽⁵⁾ In base agli elementi forniti dal testo, mi sembra che la nozione di 'differenza nomologica' rinvii in realtà ad una duplice opposizione. Nel concetto di diritto troverebbe cioè espressione il rapporto tra la differenza ragione-torto (*Recht-Unrecht*) e la differenza giusto-ingiusto (*Gerecht-Ungerecht*), la prima situata sul piano immediato della sensibilità, la seconda sul piano mediato della coscienza e delle sue determinanti storiche e sociali. Il problema della giustizia (*Gerechtigkeit*), e con esso l'idea di giustizia, si situano ad un livello d'analisi ulteriore entro l'ontologia giuridica abbozzata dall'Autore, un livello che non incrocia come tale i precedenti, e che va dunque tenuto distinto da essi.

⁽⁶⁾ Sul contenuto ideale del concetto di 'libertà' in Kant vedi G. DUSO, *La libertà moderna e l'idea di giustizia*, in « Filosofia politica », XV, 2001, 1, pp. 23-24.

alla questione del diritto giusto. Hofmann non offre indicazioni univoche in tal senso, e volge piuttosto l'attenzione sulle ricadute politiche ed istituzionali di questa ipotesi (7). Non di meno, grazie all'apparato concettuale messo a disposizione da Kant, diventa facile osservare come l'intera parabola della filosofia del diritto contemporanea, dal positivismo legale ottocentesco fino all'*analytical jurisprudence* di Herbert Hart, possa essere intesa come il tentativo di eludere la domanda relativa al giusto, un tentativo destinato tuttavia al fallimento, oltretutto all'inesorabile riproporsi di questo stesso interrogativo.

Così accade nel positivismo legale, che pur neutralizzando la differenza nomologica attraverso l'identificazione tra diritto e legge positiva, di fatto vede riemergere la questione del giusto a livello dell'obbligatorietà dell'ordinamento complessivo, vale a dire della concreta osservanza delle leggi da parte della generalità consociati. Del tutto analoghi gli esiti del positivismo giuridico e del normativismo kelseniano, fondati da un lato sulla distinzione tra diritto oggettivo e morale soggettiva, dall'altro sulla dicotomia tra essere e dover-essere. Questa duplice distinzione finisce infatti con l'eludere sul piano metodologico il problema dei criteri da adottare in sede applicativa, vale a dire nel momento di concretizzazione della norma in rapporto al caso concreto, momento che, come osserva opportunamente Hofmann, esige necessariamente un intervento creativo da parte del giudice, che si presti a trovare una giustificazione razionale al di là della situazione contingente o delle inclinazioni morali individuali. Riducendo l'applicazione del diritto ad un mero atto soggettivo di decisione, oppure all'espressione emotivistica delle preferenze morali dell'interprete, si perde infatti di vista l'effettivo articolarsi della pratica giuridica, così come la richiesta di giustizia di cui essa è permeata. Una strada alternativa diventa allora identificare il diritto con un fatto sociale, da un lato spiegando la validità della norma con la sua effettività, dall'altro riducendo la filosofia del diritto ad una branca della sociologia. Ma anche questa strada, emblematicamente percorsa dal realismo giuridico americano e da quello scandinavo, conduce ad esiti insoddisfacenti. Il senso sociale del giusto, posto alla base dell'effettività della norma e della 'comune ideologia dei giudici' — parafrasando Alf Ross — si perde nella rappresentazione mentale dell'obbligatorietà, o nella concreta minaccia di sanzione, le quali danno conto soltanto di alcuni aspetti dell'ordinamento giuridico (il diritto penale), rendendo del tutto inintelligibile la cogenza normativa di altre specie di norme (come ad

(7) Da parte mia, ritengo che la tematizzazione di un 'obbligo necessariamente possibile' — utilizzando il lessico di Hofmann — conduca effettivamente a far riemergere la questione del giusto nel contesto di un discorso filosofico giuridico, come quello kantiano, focalizzato sull'*idea* di libertà, ma che proprio in virtù di questa focalizzazione, la domanda resti necessariamente aperta, vale a dire priva di una risposta determinata.

esempio l'adesione diffusa ai precetti costituzionali, anche e soprattutto da parte dei funzionari).

Hofmann sottolinea come la filosofia del diritto contemporanea abbia oramai preso atto di queste difficoltà concettuali, grazie soprattutto al ruolo centrale ormai diffusamente riconosciuto alla categoria dei 'principi'. Si tratta di norme, generalmente incorporate nelle carte costituzionali, che traducono in precetti giuridici vincolanti ampi stralci del diritto razionale dell'illuminismo e gli assiomi della giustizia sociale⁽⁸⁾. Norme *sui generis*, tuttavia, segnate da un carattere eminente dinamico — veri e propri 'precetti di ottimizzazione' dell'ordinamento giuridico e politico delle società liberal-democratiche — al punto che la loro concretizzazione mediante l'attività del legislatore e dei giudici non può tradursi in « proposizioni empiricamente verificabili », ma « costringe ogni volta alla discussione e all'argomentazione » (p. 30). Se nell'attenzione contemporanea per i principi sembra far capolino la figura kantiana di un 'obbligo necessariamente possibile', e con essa la domanda fondamentale di un diritto giusto, quest'ultima, per altro verso, continua a trovare risposte insoddisfacenti. Laddove si tratti di individuare i principi e il loro contenuto normativo, riemergono infatti le difficoltà. Sintetizzando il percorso critico proposto da Hofmann, quattro sono i paradigmi filosofico-giuridici contemporanei in cui questa presa d'atto assume piena evidenza: (1) paradigma dei diritti fondamentali; (2) paradigma della 'comunità di principio'; (3) paradigma della ragione comunicativa; (4) paradigma neo-contrattualista.

1) Nel caso si tenga fermo il dogma della 'grande divisione' tra fatti e norme, e si assuma contemporaneamente un atteggiamento non-cognitivista in campo etico, i principi di giustizia non risultano fondabili razionalmente, ma si presentano come meri precetti giuridici incorporati negli ordinamenti. Da qui l'attenzione diffusa per la positivizza-

(8) Come ricorda opportunamente Hofmann, nel dibattito filosofico-giuridico contemporaneo, segnato dal perdurare della 'tesi della separazione' tra diritto e morale, il problema della validità dei principi si riduce tuttavia « alla domanda se quelle norme fondamentali, in quanto principi di un ordinamento il cui compito è realizzare il giusto, possano o debbano venir concepite e applicate produttivamente o se si tratti invece solo del ricorso, concesso per licenza giuridica, a postulati extra-giuridici ('moral') che, dal punto di vista della scienza del diritto, possono essere compresi solo attraverso la descrizione delle concezioni morali dominanti » (p. 30). Il riferimento va qui, implicitamente, alla contrapposizione tra *inclusive* ed *exclusive positivism*, che domina il dibattito dell'*analytical jurisprudence* contemporanea. Sul punto vedi, tra la letteratura in lingua italiana recente, A. SCHIVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart*, Torino, Giappichelli, 2004, cap. V-VI; S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001, in particolare pp. 147 ss.; J.J. MORESO, *In difesa del positivismo giuridico inclusivo*, in « *Ars Interpretandi* », VI, 2001, pp. 335-365. Sulla caratterizzazione del ruolo dei principi nel contesto dell'ermeneutica giuridica contemporanea, nei suoi sviluppi continentali e angloamericani, vedi invece G. ZACCARIA, *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in « *Ragion pratica* », 11, 1998, pp. 135-152.

zione dei principi entro le dichiarazioni dei diritti dell'uomo e le carte costituzionali, che conferisce una forma e contenuto normativo ai criteri di giustizia giuridica, sociale e politica ⁽⁹⁾. Ma la struttura logica dei diritti fondamentali, frutto del riconoscimento statale di prerogative e pretese soggettive, finisce paradossalmente col neutralizzare la questione del giusto. Se infatti — come sottolinea Hofmann — la costituzionalizzazione dei diritti umani da un lato produce 'un'apertura al mondo', rinviando ad una *cosmopolis* universale di individui liberi e uguali, dall'altro essa erige delimitazioni ed esclusioni: « i diritti umani diventano infatti una parte degli atti di fondazione degli Stati, che implicano una distinzione inderogabile tra coloro che appartengono alla comunità statale e coloro che non ne fanno parte » (p. 45), con effetti di esclusione sia verso l'esterno (ordinamenti giuridici 'altri') sia verso l'interno (particolarismi e minoranze) ⁽¹⁰⁾. Si tratta di un rilievo critico già formulato da Hofmann in altre occasioni ⁽¹¹⁾, che coglie uno dei tradizionali aspetti problematici del processo di positivizzazione dei diritti umani. Va ad ogni modo notato come il discorso attorno ai diritti e alle loro modalità di implementazione costituisca oggi, parallelamente, un fattore di indebolimento della sovranità statale, in virtù di forme di protezione inter- o sovra-statali, di natura giurisdizionale oppure declinate sul piano della politica internazionale, che complicano notevolmente il quadro proposto, aprendo scenari nuovi ⁽¹²⁾.

2) Ben diverso risulta invece l'approccio al problema dei principi,

⁽⁹⁾ Come osserva Hofmann, le dichiarazioni dei diritti non difendono infatti solo la sfera privata di libertà: « questa prospettiva non fa più riferimento esclusivamente al piano orizzontale delle relazioni giuridiche fra gli individui, ma anche, in un certo qual modo, a quello verticale della giusta organizzazione della produzione statale del diritto » (pp. 42-43).

⁽¹⁰⁾ Occorre tuttavia sottolineare come Hofmann scorga le radici delle dottrine dei diritti umani non solo nell'individualismo giusnaturalista moderno, con gli effetti distorsivi che ne derivano, ma anche e soprattutto nel cosmopolitismo stoico (p. 45), che per primo avrebbe conferito all'« essere uomo » una valenza insieme ontologica, etica e giuridica di portata universale. Il volume non indaga, purtroppo, il modo in cui queste due linee di sviluppo del discorso filosofico-giuridico si intersecano in età moderna, e quali effetti produca tale intersezione sotto il profilo storico-concettuale.

⁽¹¹⁾ H. HOFMANN, *Il contenuto politico della dichiarazione dei diritti dell'uomo*, trad. it. di M. Scattola, in « Filosofia politica », V, 1991, 2, pp. 373-397. Sul punto vedi anche Id., *Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats*, in « Der Staat », XXXIV, 1995, in particolare pp. 25 ss.

⁽¹²⁾ Sul punto vedi, da ultimo, B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003: Pastore scorge nei diritti umani una pratica sociale di tipo interpretativo (ivi, p. 8), la quale ingloba complessi di regole, criteri interpretativi e atteggiamenti valutativi che si concretizzano in primo luogo nell'attività giurisdizionale, al di là e a prescindere dal paradigma della forma-Stato. Cfr. anche E. PARIOTTI, *La giustizia oltre lo stato: forme e problemi*, Torino, Giappichelli, 2004: qui l'Autrice evidenzia come la tutela dei diritti umani ponga in primo piano la questione della giustizia internazionale, rendendo del tutto obsoleta la distinzione tra diritto interno e diritto esterno, e costringendoci a ripensare il concetto stesso di 'democrazia'.

e con esso alla questione del giusto, qualora essi vengano considerati non come delle norme sovraordinate entro il sistema delle fonti, quanto piuttosto come criteri di valutazione morale e politica propri di una certa comunità, esplicitati dal giudice nella soluzione delle controversie, e nei quali ciascuno è pronto a riconoscere i propri desideri e le proprie credenze individuali. Si tratta della via teorica emblematicamente percorsa da Ronald Dworkin, per il quale i principi diventano « la trasposizione, controllata attraverso il criterio di coerenza rispetto al contesto unitario, dell'*ethos* sociale, dell'eticità sociale oggettiva, entro i contenuti della costituzione e del diritto » (p. 32). Il lettore potrà restare forse meravigliato dagli accenti tipicamente hegeliani con i quali Hasso Hofmann caratterizza l'approccio ai principi sviluppato da Dworkin, accenti estranei alla tradizione giuridica e culturale in cui quest'ultimo si inserisce. Tale scelta trova tuttavia una precisa spiegazione sistematica. Dworkin, al pari di Hegel, riconosce infatti come « i criteri della giustezza che travalicano il diritto positivo [...] non si esauriscono necessariamente nell'opinione individuale [...]. Ogni società e ogni diritto corrispondente esistono infatti sulla base di orientamenti comuni certi, di criteri, atteggiamenti e comportamenti generali [...]. Sebbene tale *ethos* sopravviva solamente attraverso azioni e comportamenti adeguati compiuti dagli individui e si trasformi con essi, la sua esistenza non è tuttavia abbandonata alla discrezionalità individuale » (p. 31). Dovremo soffermarci più oltre sul rilievo di tale presa d'atto, che dovrebbe accompagnare, secondo Hofmann, ogni tentativo contemporaneo di accostarsi alla questione del giusto, anche nel contesto delle democrazie liberali. Basti qui sottolineare, ad ogni modo, come in Dworkin essa non conduca al pieno dispiegarsi della differenza nomenclologica. I criteri del giusto restano infatti confinati entro le valutazioni di una comunità politica concepita come *necessariamente* omogenea. L'indeterminatezza dei principi viene cioè superata attraverso l'appello ad una forma di determinismo morale e sociale — tipico di un certo modo di intendere la funzione giurisdizionale delle corti superiori statunitensi —, aggirando una volta di più la tensione tra diritto e giusto, così come il pluralismo delle concezioni individuali del bene.

3) Per cogliere quel 'comune' che fa da sfondo al continuo riemergere della questione del giusto, conviene dunque, seguendo Hofmann, risalire ai processi soggettivi di *riconoscimento* posti alla base del diritto, vale a dire la convinzione intersoggettiva della necessità sociale di una certa regola giuridica. Ciò tuttavia senza interpretare il riconoscimento come una semplice opzione morale individuale, oppure come un insieme di valori socio-politici sedimentati in una comunità, indipendentemente dal comportamento effettivo dei suoi membri. Seguendo questo ulteriore filo conduttore, l'Autore pone l'attenzione sulla riflessione teorico-giuridica di Herbert Hart, e in particolare sul concetto hartiano di 'norma di riconoscimento' quale fonte della validità giuridica: una

validità che riposa sull'efficacia complessiva del sistema e sugli standard di comportamento linguistico adottati dai funzionari, prima ancora che dai consociati. Con ciò viene meno « la necessità teorica di costruire la figura di un'autorità suprema e di legittimarla giuridicamente » (p. 61), per quanto resti oscuro il 'perché' di tale riconoscimento — vale a dire cosa renda degne di essere osservate le norme giuridiche, ed in particolare i precetti costituzionali — al di là del 'come' indicato dagli accordi convenzionali che farebbero da sfondo agli usi linguistici dei giuristi ⁽¹³⁾. Una possibile risposta al 'perché' del riconoscimento è offerta oggi dalla teoria habermasiana del discorso ragione: si tratta di una risposta incentrata sul recupero della 'ragion pratica', e con essa di un agire orientato al giusto, in termini procedurali e comunicativi: « Di fronte a molte rappresentazioni diverse del giusto, la filosofia della ragion pratica non riesce più ad indicare principi determinanti le norme vincolanti sul piano del contenuto. È in grado di attribuire carattere normativo soltanto a procedure di verifica e di risoluzione » (p. 62). Anche la riconversione in chiave proceduralista della ragione pratica si risolve tuttavia in una « mera illusione » (*ibidem*). Per fondare la giustezza della norma giuridica, è infatti necessario idealizzare le condizioni dell'intesa razionale non sulla base delle nostre esperienze concrete e delle nostre visioni del bene, ma innanzitutto *contro* di esse, sulla scorta di una serie di regole pragmatiche dell'interazione linguistica trattate come universali ⁽¹⁴⁾.

4) Di fronte alle promesse mancate della ragione comunicativa, e alle tensioni tra le istanze liberali e il modello di democrazia deliberativa che essa giunge a delineare, sembra dunque necessario percorrere strade alternative. Un'alternativa inscritta nel codice genetico della filosofia politica e giuridica moderna, da Hobbes fino ai nostri giorni: quanto più aumentano i dubbi circa la possibilità di individuare i criteri obbiettivi del giusto, e con essi il fondamento delle regole giuridiche, tanto maggiore diviene infatti la fiducia in forme di auto-obbligazione volontaria degli individui, nelle quali parola 'giustizia' diventa sinonimo della parola 'libertà'. Ne costituisce esempio evidente il neo-contrattualismo contemporaneo, e in particolare l'opera di John Rawls, su cui si

⁽¹³⁾ Il problema del 'perché' della norma di riconoscimento costituisce uno dei temi privilegiati della *jurisprudence* post-hartiana, ed in particolare del confronto polemico tra Dworkin e lo stesso Hart. I termini di tale confronto sono stati recentemente discussi da alcuni tra i principali filosofi del diritto italiani in un numero monografico della rivista « Ragion pratica », 21, 2003, dedicato al celebre *Postscript a The Concept of Law* di Herbert Hart.

⁽¹⁴⁾ Per una più approfondita analisi critica dei presupposti dell'interazione linguistica razionale in Habermas, mi permetto di rinviare il lettore a D. CANALE, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padova, CEDAM, 2003, pp. 100-117. Il problema è discusso da Hasso Hofmann anche in una conferenza, tenuta presso la *Juristische Gesellschaft* di Berlino nel 1995, ora pubblicata col titolo *Neue Entwicklungen in der Rechtsphilosophie*, Berlin-New York, W. de Gruyter, 1996, qui pp. 19-23.

concentra in particolare l'attenzione dell'Autore. Come già in suoi precedenti lavori ⁽¹⁵⁾, Hofmann sottolinea opportunamente la differenza fondamentale tra il contrattualismo moderno, nella caratterizzazione paradigmatica offertane da Thomas Hobbes, e i neo-contrattualismi contemporanei. Se in Hobbes la figura del contratto fonda l'unità politica dello Stato, e con essa il meccanismo di legittimazione del potere, ben diversa è la funzione concettuale ad essa attribuita da Rawls. Qui l'atto volontario di stipulazione del patto smarrisce ogni ruolo strutturale, per diventare un « modello strumentale di rappresentazione teorica » (p. 67), utile per individuare le condizioni di scelta razionale in ordine ad una giusta distribuzione dei beni, e in grado di trascendere qualsiasi assetto storico specifico. Potremmo dire — portando alle estreme conseguenze le osservazioni di Hofmann — che se il contrattualismo moderno genera quello spazio politico e giuridico omogeneo (lo Stato) nel quale può trovare pieno sviluppo la libertà individuale, il neo-contrattualismo tenta di imbrigliare entro la logica della libertà anche l'articolazione socio-economica di questo spazio e le inevitabili disuguaglianze che essa genera. È questa la risposta adeguata alla questione del giusto, capace di superare le antinomie fin qui osservate? Vi sono buone ragioni per dubitarne. Il problema fondamentale di ogni approccio neo-contrattualista risiede infatti nell'individuazione nei presupposti normativi pregiudiziali alla formulazione dei principi di giustizia, vale a dire nel concetto di 'razionalità pratica' sotteso alla teoria. In Rawls tali presupposti vengono individuati da un lato nella razionalità strumentale di individui egoisti e liberi, dall'altro in una serie di beni fondamentali che si suppone che ciascuno voglia qualsiasi altra cosa voglia. Ma l'universalità riconosciuta a tali presupposti si rivela in realtà specchio di un contesto vitale, culturale e storico del tutto particolare, quello delle società liberal-democratiche anglosassoni, elevato surrettiziamente a criterio di accesso al giusto. Questa riduzione intellettualistica dell'universale al particolare finisce dunque col fornire la cifra del fallimento a cui va in contro il pensiero giuridico e politico contemporaneo nel tentativo di rispondere alla rinnovata richiesta di un diritto giusto. Come osserva Hofmann, « le teorie tese a costruire qualcosa come la validità oggettiva del giusto giuridico a partire dalla ragione autonoma o comunicativa degli uomini, fondandola muovendo dai soggetti, non riescono a raggiungere il loro obiettivo senza presupporre certi principi di tipo etico-giuridico, come la libertà e l'uguaglianza dell'individuo o l'equità, sebbene tali principi siano condizionati in modo evidente dal contesto vitale, culturale e quindi storico » (pp. 71-72).

⁽¹⁵⁾ H. HOFMANN, *La dottrina classica del contratto sociale e il 'neo-contrattualismo'*, trad. it. di D. Canale, in « Filosofia politica », XI, 1997, 3, pp. 445-467.

3. *Concetto, concezioni e consenso per intersezione.*

Come uscire dunque da questa *impasse*, dalla tensione irrisolta tra l'aspirazione contemporanea ad un diritto giusto e la nostra perdurante incapacità di conglernerne i contenuti? Hasso Hofmann imbocca a quest'altezza del discorso una via d'indagine del tutto originale. Anziché appellarsi all'inviolabilità dei diritti, alla ragione comunicativa o ad un contratto originario, egli opta per un percorso più complesso e tortuoso, che muove dal basso, vale a dire dalla nostra quotidianità vitale (*Lebenswelt*), segnata dall'immediatezza percettiva ed emotiva. Uno spazio a partire dal quale vengono al linguaggio alcune « convinzioni intuitive » e « opinioni fondamentali » in merito a ciò che è giusto, ovvero il « contenuto di base della nostra coscienza morale storicamente determinata » (p. 76). Tali presupposti intuitivi vanno poi chiarificati discorsivamente, indagandone la pretesa di validità, in modo da integrarli in una « teoria coerente del giusto » (*ibidem*), in grado di rispondere ai problemi e alle esigenze concrete del nostro tempo. Tra le righe di queste rapide indicazioni metodologiche, con cui si apre la II parte del volume, traspare la strategia argomentativa di uno tra gli interlocutori privilegiati di Hasso Hofmann in questa *Introduzione*, vale a dire il 'metodo interpretativo' di Ronald Dworkin. Le analogie appaiono evidenti. Anche nel Dworkin di *Law's Empire* la definizione del concetto di diritto, e con essa l'individuazione dei criteri del giusto, procede infatti dall'identificazione di 'fatti centrali' in occasione dei quali la nostra intuizione di ciò che contraddistingue il diritto trova espressione immediata. Tali fatti si prestano così ad essere concettualizzati, per quanto il 'concetto' che ne deriva possa acquistare un senso soltanto alla luce delle diverse 'concezioni' comprensive a partire dalle quali lo interpretiamo ⁽¹⁶⁾. Ma il ricorso al 'metodo interpretativo' dworkiniano apre qui ad un orizzonte di ricerca originale. Oggetto e fonte dell'indagine di Hofmann non sono infatti le opinioni morali diffuse o gli usi linguistici dei giuristi, quanto piuttosto gli 'eventi originari' e le 'esperienze fondamentali del diritto' così come esse traspaiono dai testi classici della filosofia giuridica, da Sofocle fino ai nostri giorni ⁽¹⁷⁾. La II parte del volume, al pari delle successive, concentra cioè l'attenzione sul linguaggio, i problemi ed i concetti della filosofia del diritto occidentale nella sua millenaria articolazione diacronica, non invece, come accade in Dworkin, su un insieme di enunciati

⁽¹⁶⁾ Cfr. R. DWORKIN, *L'impero del diritto* (1986), trad. it. di L. Caracciolo di San Vito, Milano, il Saggiatore, 1989, pp. 48 ss. e 86 ss.

⁽¹⁷⁾ Si tratta in altri termini — portando in superficie una certa ascendenza hegeliana dell'approccio proposto da Hofmann — di ricercare « gli elementi che strutturano il mondo del pensiero per ricavarne aspetti che costituiscono il mondo della vita » (p. 77), così come, proseguiamo noi utilizzando il lessico dell'Autore, quegli elementi della fenomenologia della vita che costituiscono il mondo del pensiero.

doxastici, che forniscono una rappresentazione sincronica della coscienza morale e politica di una comunità. Ma le due impostazioni metodologiche si differenziano anche in ordine ai loro risultati. Hofmann non giunge infatti a delineare concezioni alternative del giusto in competizione fra loro, tra le quali è possibile scegliere la migliore sotto il profilo interpretativo. L'Autore sembra piuttosto voler incrociare, mediante l'ausilio dell'indagine storica, la prospettiva interpretativa di Ronald Dworkin con quella costruttivista di John Rawls, ricercando un 'consenso per intersezione' tra immagini del mondo e concettualizzazioni del giusto diverse tra loro, al fine di fornire una risposta concreta, per quanto storicamente contingente, all'odierna domanda di giustizia.

Questo singolare approccio metodologico si presta ad alcune osservazioni:

1) L'incursione nei classici della filosofia giuridica e politica compiuta dall'Autore muove in ogni caso dai problemi del presente, e in particolare dall'*impasse* teorica posta in evidenza nella prima parte dell'opera. Non è questa d'altra parte un'opzione tra le altre, ma l'unica realmente percorribile. Volendo generalizzare la presa di posizione sottesa al percorso di Hofmann, è possibile infatti sostenere che qualsiasi nostra interrogazione dei testi e dei documenti del passato non può che originare dal dilemma del presente, i quali consentono di orientare la ricerca in una direzione determinata: si tratta di un condizionamento ermeneutico che è dunque opportuno esplicitare fino in fondo, e non occultare sotto l'etichetta dell'obiettività esegetica. Più di quanto lo stesso autore giunga ad ammettere, ciò non costituisce tuttavia una forma di attualizzazione del passato, quanto piuttosto un modo per distanziarci dal presente⁽¹⁸⁾. Il confronto con le esperienze originarie del giusto sedimentate nella tradizione filosofico-giuridica occidentale, consente infatti di guadagnare una distanza critica nei confronti dei problemi da cui muove il nostro interrogare, di ridefinirne i limiti e di sperimentare risposte alternative, come quelle ricercate dallo stesso Hofmann.

2) Se l'indagine storica muove da questa consapevolezza, è facile scoprire come la stessa storia della filosofia giuridica e politica non si lasci ricostruire come un processo lineare, segnato dalla progressiva accumulazione e diversificazione dei medesimi problemi, esperienze, concetti, dottrine, teorie, discipline. Accanto alle linee di continuità e alla persistenza nel tempo di taluni assetti concettuali, il tessuto storico delle esperienze e del linguaggio giuridico è infatti segnato da discontinuità e cesure, che l'*Introduzione* di Hofmann ha la capacità di porre

⁽¹⁸⁾ Cfr. anche H. HOFMANN, *Bemerkungen zur politischen Ideengeschichte*, in « Archiv für öffentliches Recht », C, 1975, pp. 625-639. Sull'effetto di 'distanziamento' dal presente che produce una indagine storico-concettuale, mi permetto di rinviare il lettore a D. CANALE, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 19 ss.

in evidenza. Prima tra tutte, la discontinuità tra l'emergere della questione del giusto nel mondo antico e la sua messa tra parentesi in età moderna, sotto l'egida del concetto di 'libertà'. Come osserva Giuseppe Duso nell'*Introduzione* al volume, Hofmann mostra come « la presenza costante e fondamentale della questione della giustizia, che caratterizza una lunga storia del pensiero, [...] sembr[ri] cessare, o interrompersi, con la filosofia politica moderna, la quale [...] fornisce una soluzione formale al problema della giustizia, riducendola al quadro delle leggi legittimamente create all'interno dello Stato » (p. VII) ⁽¹⁹⁾. Come avremo tra poco modo di sottolineare, la filosofia giuridica e politica moderna, a differenza di quella latamente premoderna, offre infatti una risposta alla domanda di giustizia che coincide con la neutralizzazione di questo stesso interrogativo, in virtù del primato indiscusso riconosciuto alla libertà degli individui, e con essa alla legge positiva e al potere dello Stato ⁽²⁰⁾. Ma anche all'interno dei due versanti di questo spartiacque concettuale, non mancano articolazioni e cesure ulteriori, che il volume ha la capacità di far emergere distintamente, ripercorrendo alcuni momenti cardinali del discorso filosofico-giuridico (Platone, Cicerone, Tommaso, Hobbes, Locke, Kant, Hegel ecc.).

3) Proprio l'interrogazione dei classici, la messa in chiaro di continuità e discontinuità concettuali, come pure il confronto diretto con le esperienze epocali che hanno condizionato la riflessione sul diritto, conducono quindi Hofmann a riaccostarsi al pensiero giuridico contemporaneo con occhio rinnovato. Grazie al paziente lavoro ricostruttivo dell'Autore, diventa facile notare l'unilateralità e la contingenza delle posizioni contrastanti a dispetto della loro pretesa di universalità; posizioni che, se ricondotte entro i limiti che sono loro propri, consen-

(19) Il tema del rapporto tra 'giustizia' e 'libertà' a ridosso della nascita della scienza politica moderna è stato affrontato da Hasso Hofmann in *Bilder des Friedens oder Die Vergessenen Gerechtigkeit. Drei anschauliche Kapitel der Staatsphilosophie*, München, C.F. von Siemens Stiftung, 1997. Si tratta di una indagine singolare, e per certi versi illuminante, che incrocia la ricerca filosofico-politica con quella iconografica, analizzando alcune fondamentali trasformazioni concettuali, poste a cavallo tra Medioevo ed età moderna, attraverso le opere pittoriche di autori come Marten de Vos, Paolo Veronese, Ambrogio Lorenzetti, per arrivare al celebre frontespizio del *Leviathan* hobbesiano e proseguire oltre, fino agli affreschi settecenteschi di Giambattista Tiepolo. L'opposizione tra 'giustizia' e 'libertà' configurata da Hofmann trova un significativo parallelo concettuale in quella tra 'governo' e 'potere' utilizzata da Giuseppe Duso per caratterizzare il passaggio dall'orizzonte concettuale della filosofia politica premoderna a quello della scienza politica di matrice hobbesiana (cfr. G. DUSO, *Fine del governo e nascita del potere*, in « Filosofia politica », VI, 1992, 3, pp. 429-462), come pure nell'opposizione tra 'virtù' e 'scienza' richiamata da Merio Scattola nella sua dettagliatissima analisi delle Politiche del Seicento in Germania (cfr. M. SCATTOLO, *Dalla virtù alla scienza. La fondazione e la trasformazione della disciplina politica nell'età moderna*, Milano, Franco Angeli, 2003).

(20) A conclusioni analoghe giunge lo stesso Paolo GROSSI nel suo recente *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 56 ss.

tono tuttavia di recuperare una visione finalmente integrata e coerente della questione del giusto. Una possibilità di questo tipo, oltretutto, potrebbe stimolare proficuamente anche il filosofo del diritto scarsamente interessato alla storia. Al di là della focalizzazione storica del volume, Hofmann finisce infatti col proporre una strategia alternativa per accostarsi oggi alla questione del giusto, intermedia rispetto al monismo morale e politico della comunità di principio di Dworkin, da un lato, e il pluralismo incompiuto della società ben ordinata di Rawls, dall'altro. L'Autore propone cioè di temperare la tensione tra « bene » e « giusto », tra riconoscimento del « comune » e salvaguardia delle prerogative individuali, non facendo della libertà una preconditione della giustizia, ma identificando nella giustizia concreta, nell'effettività del giusto, una preconditione della libertà realizzata.

Il progetto generale di questa *Introduzione* si presenta dunque assai complesso ed impegnativo. Non solo per l'arco temporale considerato, e dunque per le innumerevoli scansioni concettuali che l'Autore è costretto a considerare, ma soprattutto per il tentativo di generare un'interazione proficua tra analisi storiografica, critica filosofica e teoria politica e giuridica orientata alla soluzione di problemi concreti. L'intento è cioè quello di dar vita ad una « teoria integrativa del diritto » (*integrative Jurisprudenz*), richiamando la felice espressione coniata da Alexander Hollerbach per caratterizzare l'approccio di Hasso Hofmann alla filosofia giuridica ⁽²¹⁾.

4. *Esperienze originarie del torto subito.*

Il primo passo da compiere per accostarsi alla questione del giusto consiste dunque, secondo l'Autore, nell'individuare i « fatti centrali » nei quali si manifesta la tensione primordiale tra ragione e torto (*Recht-Unrecht*), e dunque tra giusto e ingiusto (*Gerecht-Ungerecht*); un manifestarsi capace di scuote alle fondamenta la nostra coscienza morale e di stimolare l'articolazione dell'ordine socio-politico della comunità.

Tre sono i casi paradigmatici nei quali la differenza nomologica, così definita, si dispiega fino alle sue estreme conseguenze: 1) il convertirsi del buon diritto in disumana ingiustizia in rapporto ad una situazione particolare; 2) il trattamento diseguale di chi è eguale; 3) la legalizzazione istituzionalizzata del torto, elevato a sistema giuridico e politico di oppressione.

1) Hofmann individua l'archetipo della trasformazione del buon diritto in torto, che solca l'intera parabola della cultura occidentale,

⁽²¹⁾ Cfr. A. HOLLERBACH, *Laudatio auf Hasso Hofmann*, in H. DREIER (Hrsg.), *Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie. Geburtstagssymposion für Hasso Hofmann*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 22.

nella figura tragica di Antigone, interpretata quale punto di emersione di quell'antitesi tra *physis* e *nomos* che irrompe agli albori della filosofia greca; tensione che sfocia, non a caso, nella nuova « unità speculativa del *logos* » (p. 88) ⁽²²⁾. Riprendendo il tema classico del conflitto tra Antigone e Creonte, tra il diritto non scritto dei padri e il diritto della *polis*, l'Autore sottolinea, in particolare, il carattere asimmetrico di tale opposizione. Le pretese di validità in ordine al diritto giusto avanzate dai due protagonisti della tragedia sofoclea non si pongono infatti sullo stesso piano: Antigone è sottoposta ad un diritto vigente che tuttavia è ingiusto perché viola un diritto più elevato. Se l'estremo sacrificio di Antigone suggella quindi « il carattere incancellabile della domanda sul giusto al di là del diritto » (p. 86), esso indica al contempo la via da seguire per rispondere a questo interrogativo. Si tratta della strada tracciata dal rimando reciproco tra il giusto secondo gli uomini e il giusto secondo natura, vera e propria cifra della differenza nomologica nei grandi classici della filosofia giuridica premoderna. L'attenzione di Hofmann si sofferma qui, in particolare, sull'articolazione di questo reciproco rimando entro gli scritti di Platone, e dunque sul movimento del pensiero che avvicina l'anima umana « a ciò che è vero e immutabile »: l'idea di giustizia, intesa dall'Autore quale luogo di ricomposizione della differenza nomologica. Hofmann interpreta infatti questo movimento come un processo di ascensione e discesa: elevamento delle parti dell'anima alla partecipazione ideale e traduzione di questo processo partecipativo in direttive politiche e giuridiche determinate. Tale approccio, invero assai diffuso nella manualistica filosofico-giuridica, consente in effetti una ricostruzione coerente di alcuni celebri luoghi della *Repubblica* e delle *Leggi*, dal mito della caverna al governo dei re-filosofi, per giungere ai precetti della costituzione ideale. Va notato, tuttavia, che non sempre la coerenza e l'economia esplicativa costituiscono il metro migliore per accostarsi ad un testo filosofico. La ricostruzione offerta dall'Autore finisce infatti con l'oggettivare l'idea platonica di giustizia, identificandola a tutti gli effetti con un precetto razionale (p. 91). Ma proprio in virtù della sua dimensione ideale, la giustizia platonica non si lascia ridurre ad un insieme di norme a cui il diritto degli uomini e la costituzione della città dovrebbe conformarsi; essa genera piuttosto la possibilità stessa, avvolta entro la circolarità del mito, di distinguere l'autentico dall'inautentico, l'icona dal simulacro, il giusto dall'ingiusto. Se interpretati in questa direzione, i *Dialoghi* platonici non forniscono pertanto un modello ideale di ordinamento giuridico o di costituzione (di stampo oltretutto tipicamente totalitario – richiamando il famigerato giudizio di Bertrand Russell): essi indicano

(22) Sul transitare della raffigurazione tragica della differenza nomologica entro la cultura giuridica occidentale, vedi, da ultimo, *Dike Polypoinos. Archetipi di giustizia fra tragedia greca e dramma moderno*, a cura di G. Bombelli, A. Mazzei, Padova, CLEUP, 2004.

piuttosto il percorso da compiere per individuare un criterio di scelta tra pretese in competizione ⁽²³⁾ in ordine a ciò che è virtuoso per gli uomini e giusto per la città. Il giusto platonico, in base a questa interpretazione alternativa, non costituisce dunque una forma di ricomposizione idealizzata della differenza nomologica, quanto piuttosto il luogo in cui tale differenza si offre al giudizio e dunque al pensiero.

Più interessanti, entro il percorso ricostruttivo proposto dal libro, appaiono le declinazioni successive della tensione tra *physis* e *nomos*, dalla filosofia stoica fino al diritto naturale cristiano, nel quale già si intravedono gli albori del diritto razionale moderno (p. 102). Particolarmente felici risultano qui le pagine dedicate Cicerone e Marco Aurelio — autori assai cari ad Hasso Hofmann — nelle quali la *cosmopolis* stoica non viene tratteggiata come una forma di astratto universalismo, quanto piuttosto quale via di accesso ad un « nuovo personalismo » (p. 96) solidaristico e egualitario, sfoldato su quel rapporto immediato tra l'uomo, la natura e le cose che svolgerà un ruolo significativo anche nella tradizione del diritto romano.

2) La seconda esperienza fondamentale in cui il senso del torto viene percepito nella sua immediatezza, è costituita dal trattamento diseguale di chi è uguale. Trova qui tematizzazione un secondo aspetto costitutivo del concetto del giusto, vale a dire il problema della distribuzione dei beni entro la comunità degli uomini, il quale acquista una veste sistematica esemplare nelle opere di Aristotele. Va riconosciuto all'Autore il merito di problematizzare la distinzione canonica — consuetamente attribuita allo Stagirita dalla manualistica giuridica — tra giustizia commutativa e giustizia distributiva, intesa come proiezione speculare della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. In base alla classica definizione di Radbruch, la giustizia commutativa assumerebbe cioè in Aristotele il rango di criterio di attribuzione di diritti e oneri tra individui uguali, mentre la giustizia distributiva quello di criterio distributivo nei rapporti asimmetrici di subordinazione, segnatamente quelli tra Stato e cittadino. Come sottolinea opportunamente Hofmann, tale concettualizzazione del discorso aristotelico proietta tuttavia arbitrariamente categorie moderne su un tessuto lessicale e regolativo ad esse completamente estraneo, per il quale risulta del tutto inconcepibile l'opposizione tra privato e pubblico, così come quella tra individuo e comunità politica. Riannodando i molteplici fili del discorso aristotelico, Hofmann giunge quindi ad intersecare la distinzione tra giustizia commutativa e giustizia distributiva con quella tra giustizia generale (che rinvia al *nomos* della *polis*) e giustizia particolare, correttiva rispetto alla precedente. Ne deriva che « da una concettualizzazione

(23) Tra le reinterpretazioni contemporanee di questa funzione dell'idea, merita di essere ricordata, per la sua straordinaria forza espressiva, quella di G. DELEUZE, *Simulacro e filosofia antica*, ora in *Id.*, *Logica del senso*, trad. it. di M. de Stefanis, Milano, Feltrinelli, 1997², pp. 223 ss.

normativa del giusto a carattere extrapositivo, prende forma un principio dei rapporti ordinati immanente all'ordinamento positivo della *polis* [...], un criterio interno al diritto » (p. 108).

3) L'ultima esperienza fondamentale del torto di cui occorre dar conto, secondo l'Autore, al fine di offrire una rappresentazione concettuale compiuta del giusto, ha luogo in quelle situazioni nelle quali le norme giuridiche diventano lo strumento utilizzato dal potere per perpetrare sistematicamente l'ingiustizia: emblematicamente, l'abuso del diritto operato dai regimi totalitari nel Novecento. Sotto il profilo sistematico, questi casi paradigmatici appaiono asimmetrici rispetto ai precedenti. Essi si collocano infatti in una dimensione storica a noi vicina: i documenti che ne offrono testimonianza — le fonti di concettualizzazione utilizzate da Hofmann — non sono cioè dei 'classici' della filosofia giuridica, ma più immediatamente sentenze e motivazioni di sentenze (esemplari quelle relative al caso dei delatori durante il regime nazionalsocialista, o il caso dei 'guardiani del muro' nella Berlino-est postbellica), vale a dire esempi diretti di concretizzazione del diritto. Ciò potrebbe essere interpretato come un'evidente incongruenza strutturale dell'opera. Attraverso tale scelta, credo tuttavia l'Autore abbia inteso porre l'accento sulla portata 'epocale' dei totalitarismi novecenteschi anche sulla nostra percezione immediata del giusto. Il regime nazionalsocialista, così come quello staliniano, attraverso le forme di ingiustizia istituzionalizzata da essi perpetrate, hanno infatti inaugurato una dimensione nuova del torto, concepito come processo politico di disumanizzazione e depersonalizzazione. Il manifestarsi storico di questo uso del diritto ha generato quindi una nuova forma di sgomento e di reazione indignata, entrata a far parte del nostro bagaglio emotivo. I casi esemplari qui considerati da Hofmann offrono inoltre l'occasione per discutere alcuni snodi concettuali assai rilevanti per la cultura giuridica tedesca del secondo Novecento, come ad esempio il presunto radicarsi del diritto totalitario nella parabola teorica del normativismo kelseniano, così come il significato controverso della celebre 'formula di Radbruch'.

A quale esito approda questa ricognizione ad ampio raggio sulle esperienze fondamentali del torto subito? È il caso di segnalarne almeno due. In primo luogo, gli esempi paradigmatici proposti da Hofmann consentono una concettualizzazione del giusto, garantita dalla prestazione determinante della differenza nomologica. Proviamo a metterne a nudo la struttura, per quanto essa non venga esplicitamente delineata dall'Autore. Il primo elemento costitutivo del concetto del giusto concerne il rapporto tra il diritto della comunità ed un ordine normativo 'altro' che ne giustifica l'osservanza (problema dell'*obbligatorietà* del diritto). La seconda dimensione concerne invece la distribuzione di beni, oneri e prerogative nel contesto della vita in comune (problema dell'*eguaglianza* mediante il diritto). La terza dimensione

concerne infine il rapporto tra istituzioni politiche, ordinamento giuridico e vita concreta degli uomini — in una battuta, lo spazio biopolitico (problema dell'*umanità* del diritto). Ma vi è un secondo aspetto in questo tentativo di concettualizzazione che merita di essere considerato. Le componenti concettuali identificate dall'Autore vengono tematizzate essenzialmente in rapporto al pensiero filosofico-giuridico antico e medioevale, fatta eccezione per il tema del torto legalizzato, che per altro verso si pone parimenti al di fuori della modernità giuridica, segnandone il punto di eclissi. Questa scelta non sembra casuale. Essa evidenzia infatti come il discorso filosofico-giuridico premoderno sviluppi un'elaborazione filosofica del giusto capace di coglierne l'immediata valenza politica, giuridica e sociale. Questo universo discorsivo, per quanto assai differenziato, individua infatti nel giusto — e nel suo essere specchio della virtù, di una cura di sé che si converte immediatamente nel perseguimento del bene comune — il criterio per il governo degli uomini e per l'amministrazione della giustizia terrena. Con la nascita della scienza politica moderna, cui è dedicata la III parte del volume, assistiamo invece ad un radicale « cambiamento di paradigma » (p. 137), che decreta quella messa tra parentesi della differenza nomenclologica che giunge fino alla riflessione filosofico-giuridica contemporanea. La tensione costitutiva tra ragione e torto, giusto e ingiusto, viene spezzata a favore di una nuova parola d'ordine: la libertà dell'individuo, intesa come essenza e fine di qualsiasi ordinamento giuridico e forma di associazione civile (24).

5. *Concezioni moderne del giusto inteso come corollario della libertà dell'individuo.*

La sezione dedicata alla filosofia politica e giuridica moderna è senz'altro la più ricca e articolata del volume, vero e proprio serbatoio di osservazioni, riferimenti e rimandi che offrono innumerevoli stimoli non solo a chi per la prima volta si accosta ai temi e ai problemi della filosofia del diritto, ma anche allo specialista. Considerato il compito critico-ricompositivo di questa nota, mi limiterò tuttavia a segnalare i principali spunti di riflessione offerti dal volume alla luce dell'ipotesi sistematica avanzata nei paragrafi precedenti.

Con la nascita della scienza politica moderna, il giusto si trasforma da metro costitutivo dei rapporti degli uomini coi loro simili, coi beni necessari alla loro sussistenza e col governo della comunità, nel prodotto secondario e derivato di una costruzione razionale, prodotta

(24) Per una sintetica chiarificazione di questo passaggio, e del suo ruolo strutturale nell'economia complessiva dell'opera, vedi H. HOFMANN, *Il diritto e il giusto: la questione della giustizia*, trad. it. di S. Rossi, in « Filosofia politica », XV (2001), 1, pp. 57-67.

dall'individuo stesso a salvaguardia della propria libertà. Ciò produce un decentramento della questione del giusto, la sua trasformazione in mero corollario della ragione strumentale, della decisione sovrana e dell'ordinamento positivo. Hofmann individua le origini di questo mutamento di paradigma nella nascita della scienza moderna — una scienza relativa « al 'come' misurabile dei processi naturali invece che al 'che cosa' della loro essenza e al 'perché' del loro accadere » (p. 141) ⁽²⁵⁾ — e nella successiva applicazione meccanicistica della scienza galileiana ai fenomeni morali, sociali e politici che trova la sua manifestazione esemplare nell'opera di Thomas Hobbes. Muovendo da questa origine comune, il discorso filosofico-politico sviluppa tuttavia concezioni alternative del giusto, che forniscono interpretazioni diverse degli elementi concettuali che abbiamo indicato precedentemente. Queste 'concezioni', accomunate dal tentativo di neutralizzare la differenza nomologica attraverso il pieno dispiegamento della libertà individuale, vengono ricondotte nel volume a tre paradigmi fondamentali: 1) paradigma contrattualista hobbesiano; 2) paradigma costituzionalista; 3) paradigma dello Stato di diritto. Consideriamone brevemente gli elementi costitutivi alla luce delle risposte che essi offrono ai tre dilemmi del giusto (*obbligatorietà* del diritto, *eguaglianza* attraverso il diritto, *umanità* nel diritto).

1) I paragrafi del volume dedicati a Thomas Hobbes sono probabilmente quelli meglio riusciti di questa *Introduzione*, per la completezza del quadro tematico e la forza espressiva dell'argomentazione ⁽²⁶⁾. Con Hobbes il problema dell'esistenza del diritto non risulta commisurato ad un ordine superiore ma rinvia alla meccanica dell'autorizzazione politica (la figura dello Stato), generando una corrispondenza formale tra diritto e legge positiva, oltre che tra legge naturale e legge civile. Tale meccanismo finisce con l'elidere programmaticamente il problema dell'obbligatorietà del diritto, così come quello della sua umanità. La struttura formale dello Stato moderno identifica infatti la legge generale e astratta con la manifestazione particolare e concreta della volontà di ciascuno: obbedendo ad essa non si fa altro che obbedire a se stessi. Con ciò la parola legalità diventa sinonimo di

⁽²⁵⁾ Se considerata muovendo da questo angolo visuale, pertanto, « l'idea moderna dell'uguaglianza davanti alla legge appare in Galileo innanzitutto come l'idea di una sostanziale uguaglianza di tutte le figure del movimento davanti alla legge naturale » (p. 141).

⁽²⁶⁾ La fondazione hobbesiana della scienza politica moderna, e del meccanismo di rappresentazione politica posto alla base della sovranità, costituisce, d'altra parte, uno dei temi sui quali Hofmann ha concentrato in più occasioni la propria attenzione. Ricordiamo, ad esempio, *Bemerkungen zur Hobbes-Interpretation*, in « Archiv für öffentliches Recht », XCI, 1966, pp. 123-135, come pure la sua opera di maggiore respiro: *Räpresentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, giunta oggi alla quarta edizione (2003), e che è di imminente pubblicazione anche in traduzione italiana.

umanità, vale a dire strumento di realizzazione della prerogative degli individui, che solo in quanto liberi si possono riscoprire propriamente uomini — come arriverà ad affermare Jean-Jacques Rousseau. Particolarmente interessanti, a quest'altezza del discorso, risultano le osservazioni dedicate da Hofmann al problema della equa distribuzione dei beni all'interno dello Stato. Hobbes infatti rovescia la dottrina aristotelica della giustizia distributiva: non si calcola il prezzo della merce in base al lavoro investito o comunque secondo un criterio di equità, ma « conformemente al meccanismo della domanda e dell'offerta » (p. 143). L'adozione delle regole del mercato quale criterio del giusto ha importantissimi effetti sul piano etico ed istituzionale: da un lato la legge della domanda e dell'offerta neutralizza ogni differenza di ceto entro la comunità, dissolvendo il ruolo socio-politico dei corpi intermedi, per altro verso essa elegge la ragione strumentale del singolo a fonte di qualsiasi ipotetica razionalità del tutto (p. 144). Se considerata da questo angolo visuale, la concezione hobbesiana del giusto costituisce la matrice di quelle posizioni neo-libertarie che proiettano la logica dello Stato su scala planetaria, ricavando i principi della giustizia sociale non da forme di mutua cooperazione e interdipendenza internazionale, quanto piuttosto dagli interessi 'privati' intesi quali unico criterio possibile del bene comune entro la *cosmopolis* della logica mercantile (27). L'Hobbes di Hofmann, per quanto politicamente incline al modello della monarchia assoluta, si pone dunque quale punto di origine della modernità politica e giuridica, gettando le basi del liberalismo e della stessa economia di mercato.

2) La seconda concezione del giusto rinvenibile in età moderna fa capo ad un ulteriore mutamento di prospettiva, declinato questa volta non secondo coordinate spaziali (lo spazio omogeneo e uniforme della *societas civilis*) ma secondo coordinate temporali. Si tratta del tentativo di progettare la filosofia giuridica e politica nei termini di un miglioramento progressivo della vita degli uomini, di un « innalzamento della cultura attraverso il dominio della natura » (p. 160), vale a dire nei termini della libertà come emancipazione e progresso. Gli albori di questa prospettiva sono già percepibili, secondo l'Autore, nell'opera di Francis Bacon, e nel suo appello al progresso, anziché all'autorità, quale

(27) Sul punto vedi, da ultimo, i saggi di Susan George e Vandana Shiva pubblicati in *La debolezza del più forte. Globalizzazione e diritti umani* (2003), a cura di M.J. Gibney, trad. it. di G. Amadasi, Milano, Mondadori, 2004. Le Autrici evidenziano i molteplici legami tra il processo di globalizzazione dei diritti, l'espansione della logica mercantile e la crescente divaricazione tra ricchi e poveri sia all'interno degli Stati occidentali, sia su scala planetaria. Sui tentativi teorici di superare tali antinomie, tesi a sostituire il paradigma universalista dei 'diritti' con quello delle concrete 'capacità' umane, storicamente e culturalmente determinate, vedi, tra la letteratura recente, E. GREBLO, *A misura del mondo. Globalizzazione, democrazia, diritti*, Bologna, Il Mulino, 2004.

nuova scaturigine della libertà degli uomini (28). Questa tensione prometeica verso il futuro — richiamando la celebre metafora di Hans Blumemberg — trova un primo riscontro concreto nei tentativi operati da John Locke e Jean-Jacques Rousseau di correggere il modello contrattualista hobbesiano e la sua meccanica atemporale. In Locke, in particolare, ciò si risolve nell'individuazione dei fini dell'esercizio del potere (la salvaguardia e l'incremento della proprietà individuale) e di procedure istituzionali atte a porre sotto controllo la manifestazione sovrana della volontà di tutti. Ne esce l'immagine inusuale di un Locke precursore della divisione dei poteri, ancor prima che di ispiratore della Dichiarazione di indipendenza americana. Un Locke, tuttavia, per il quale « i piccoli io non si elevano mai al grande Io del Leviatano » (p. 171), ovverosia non godono di un diritto di resistenza nei confronti del torto legalizzato, per quanto il filosofo inglese tenti non di meno di cementare la fiducia (*trust*) nel potere attraverso meccanismi proto-costituzionali (29). Ma la tensione verso il progresso quale nuovo emblema di un diritto giusto trova la sua manifestazione paradigmatica — sul finire del Settecento — con la nascita del costituzionalismo e dell'idea di potere costituente. La grande prestazione concettuale del costituzionalismo moderno, che si estende fino agli Stati liberal-democratici contemporanei, consiste nel trasferire il meccanismo di autorizzazione e legittimazione del potere all'interno della stessa compagine sociale costituita, vale a dire nell'atto di produzione della legge fondamentale, laddove la costituzione diventa il « massimo criterio del giusto » (p. 183). Il guadagno teorico-giuridico appare qui evidente. Il problema dell'obbligatorietà del diritto, in quanto diritto giusto, viene assorbito all'interno dello stesso ordinamento giuridico, in virtù della differenza gerarchia tra legge ordinaria e norma costituzionale — potremmo anche dire, attraverso la positivizzazione della differenza nomologica. Al contempo, il problema dell'equa ripartizione dei beni

(28) « Non si tratta però dello spirito aristocratico e meditativo della virtù superiore, che si basa sulla visione dei principi ultimi, ma del nuovo spirito borghese della scienza induttiva e sperimentale, lo spirito di una tecnocrazia [...]. Non è l'educazione a una perfezione etica a raggiungere lo Stato perfetto, ma la sicurezza assoluta della conoscenza della scienza della natura, che rende l'uomo signore del mondo e rende così accessibile il futuro » (p. 162).

(29) In contrapposizione alle soluzioni assolutistiche, osserva l'Autore, « e concezioni del contratto originario liberali, democratiche e legate allo Stato di diritto cercano di conservare l'idea della giustificazione attraverso l'unione delle volontà, del consenso — che quindi rappresenta il principio di una legislazione universale capace di mediare nella collettività l'autodeterminazione individuale — non solo in quell'atto originario, ma anche all'interno del sistema giuridico che ne risulta » (p. 182). Sulla figura concettuale del *trust* in Locke, vedi, da ultimo, la convincente ricostruzione offerta da M. MERLO, *Potere naturale, proprietà e potere politico in John Locke*, in *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, a cura di G. Duso, Roma, Carocci, 1999, in particolare pp. 165 ss.

sociali si risolve nel meccanismo di implementazione dei diritti fondamentali dei cittadini, con l'effetto che lo stesso spettro del torto legalizzato appare una volta per tutte esorcizzato, in virtù del controllo di costituzionalità cui è sottoposto l'esercizio del potere legislativo. Ma se sotto l'ombrello della costituzione giustizia, libertà e progresso sembrano poter trovare rinnovata concordia, tale promessa risulta a conti fatti mantenuta? Anche in merito a questo interrogativo, la risposta offerta evidenzia l'atteggiamento critico e antidogmatico che caratterizza l'indagine dell'Autore. Anziché celebrare le sorti progressive del costituzionalismo democratico, Hofmann ne mostra piuttosto l'intrinseca fragilità storica: di fronte ad una prassi politica sempre più caratterizzata da forme di accordo negoziale e di consenso neo-cetuale, non può infatti che perdere forza « l'idea che le questioni relative alla giustezza e al carattere vincolante del diritto statale siano già risolte per il fatto che gli individui hanno costruito un potere omogeneo in un ordinamento fondamentale legittimo » (p. 183). Ma assieme all'effettiva unità costituzionale, perde anche forza la fede nel progresso che da sempre l'ha accompagnata: « Se in passato il futuro appariva come lo spazio prospettico dell'organizzazione di una volontà comune, sostenuta da un forte 'sentimento di noi' da parte degli spiriti illuminati, nella società dell'individualismo quasi compiuto l'orizzonte del futuro per la realizzazione di idee di trasformazione e di miglioramento dei rapporti esistenti si restringe a quello del singolo. Il resto è un'oscurità minacciosa, di fronte alla quale ci si aggrappa a ciò che si ha » (p. 163).

3) Più complessa appare la terza concezione del giusto individuata da Hofmann a conclusione di questo suo percorso ricostruttivo, emblematicamente delineata dal filosofia del diritto hegeliana. Il contributo fornito dall'opera di Hegel al discorso della filosofia politica e giuridica moderna risulta infatti da sempre problematico, e problematica è non di meno la delimitazione che ne offre l'Autore. Hofmann sembra attratto innanzitutto dalla peculiare soluzione *teorica* che i testi hegeliani offrono, per lo meno ad una prima lettura, ai problemi fin qui considerati. Assume in tal senso rilievo nell'*Introduzione* la critica hegeliana all'individualismo e al contrattualismo moderni (in nome della coappartenenza costitutiva tra particolare e universale), il recupero dell'articolazione dell'intero mediante forme di rappresentazione delle parti che concorrono a costituirlo, come pure l'idea di una coappartenenza comunitaria attraverso lo Stato, intesa come condizione di un pieno dispiegamento della libertà e della soggettività. Ma accanto a questi elementi, si staglia lo « scandalo » (p. 192) di un monarca concepito come inizio e culmine dell'intero, al pari che il pericolo di un « fagocitamento della soggettività da parte dello Stato » (p. 196), che assume toni sinistri nei celebri passi dei *Lineamenti* dedicati alla Spirito del mondo. Accanto a questo approccio interpretativo, in verità assai diffuso anche nella manualistica italiana, lo stesso Hofmann fa tuttavia

intravedere al lettore uno spiraglio alternativo, osservando come dal punto di vista *speculativo* (o filosofico che dir si voglia) in Hegel « il diritto e la sua filosofia si compiano nella comprensione della razionalità dello Stato e della sua Costituzione nel livello più alto di sviluppo del molteplice » (p. 195). Il problema eluso qui da Hofmann consiste nel fatto che le interpretazioni in chiave teorica e le interpretazioni in chiave speculativa dei testi hegeliani non sono tra loro compatibili, ma si escludono a vicenda. Un approccio teorico neutralizza infatti senza residui la portata filosofica del discorso hegeliano, e dunque la sua prestazione ‘comprensiva’ in ordine alla concettualità politica e giuridica moderna e alle sue ricadute storiche. Per converso, un approccio speculativo relativizza la dimensione teorica, riconducendola entro limiti determinati e impedendone qualsiasi forma di assolutizzazione. Non è tuttavia possibile, nell’economia di questa nota, tentare di approfondire un tema tanto spinoso, sul quale già avevo avuto occasione di soffermarmi in questa stessa Rivista ⁽³⁰⁾. Vale la pena piuttosto evidenziare il ruolo sistematico che la concezione hegeliana del giusto, nella ricostruzione offertane da Hofmann, svolge entro l’architettura del volume. Se considerato sotto questo profilo, il discorso hegeliano offre all’Autore una duplice opportunità. Da un lato gli consente di sottolineare come la libertà individuale, marchio indelebile della modernità, si costituisca solo in rapporto al tutto della comunità politica e giuridica. Ciò conduce a recuperare quel senso del ‘comune’ che costituisce un ingrediente essenziale del diritto giusto. Per altro verso tale presa d’atto sospinge l’indagine a transitare dalla molteplici concezioni del giusto, vale a dire dalle diverse interpretazioni moderne e contemporanee del suo concetto, al tentativo di realizzare un ‘consenso per intersezione’ tra le opzioni regolative che esse offrono. Sotto il profilo concreto, tale occasione è fornita dall’aspirazione ottocentesca e novecentesca ad una rinnovata ‘giustizia sociale’; un lemma, questo, che da motto della Seconda repubblica francese passa attraverso la rielaborazione di Saint-Simon e Fourier, Louis Blanc, Proudhon e Lassalle, come pure di Rosmini e John Stuart Mill, per sfociare, infine, nel paradigma dello ‘Stato sociale di diritto’ teorizzato da von Stein e Julius Ofner, che ha trovato una precisa ricaduta normativa entro le principali carte costituzionali europee del Novecento. Il modello giuridico-istituzionale della ‘giustizia sociale’, parafrasando Rawls, interseca in modo coerente le diverse concezioni comprensive del giusto, configurando un progetto finalmente unitario. Il monismo hobbesiano si traduce nel precetto del libero sviluppo delle forze di mercato entro la cornice dello Stato, il richiamo hegeliano all’eticità comunitaria, nei termini di Char-

⁽³⁰⁾ Cfr. D. CANALE, *Dibattito sulla codificazione e critica neo-illuminista. Alcune considerazioni di metodo*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXX, 2001, t. II, in particolare pp. 700-704.

les Taylor, si converte nel riconoscimento delle differenze e nella salvaguardia dei meno avvantaggiati, mentre la fede nel progresso e nella costituzione si concretizza nel primato attribuito ai diritti, intesi quale strumento di umanizzazione dell'ordinamento giuridico e della società, oltre che di difesa delle libertà fondamentali. Sullo sfondo di questa ricomposizione integrata del giusto si staglia in particolare la figura del secondo Rawls, e la sua rinuncia alla pretesa di un giusto universale, a tutto vantaggio di una « sistematizzazione immanente morale-normativa dei dati di fatto mentali e istituzionali della società occidentale, in forza del riconoscimento reciproco delle persone libere ed eguali e della formulazione di un meccanismo compensativo, che integri [...] le differenze » (pp. 219-220). Certo, come ammette lo stesso Hofmann riprendendo alcuni rilievi critici di von Hayek, il concetto di giustizia sociale resta privo di una precisa determinazione, se preso per se stesso. Si tratta tuttavia di un concetto che si presta ad essere determinato in negativo, di riflesso alle esperienze concrete di ingiustizia sociale. Il senso dell'ingiustizia, infatti, « non è necessariamente una questione di sentimento, ma riguarda la compatibilità coi principi riconosciuti e ha a che fare con l'argomentazione discorsiva. Se il loro riconoscimento non è di fatto universale e la loro validità non è cogente come una necessità della ragione, quei principi, in quanto *ethos* di un ordinamento, costituiscono una realtà oggettiva, che non è arbitrariamente disponibile » (p. 223).

6. *Le categorie del 'giuridico'*

Hasso Hofmann è principalmente noto in Italia come interprete Carl Schmitt, soprattutto grazie alla traduzione, pubblicata nel 1999 dalla ESI di Napoli, del volume monografico *Legitimität gegen Legalität. Der Wege der politische philosophie Carl Schmitts*, brillante e fortunata opera d'esordio dell'Autore di questa *Introduzione*. Il lettore italiano potrebbe dunque rimanere sorpreso nel constatare come il nome di Schmitt non sia mai stato chiamato in causa nelle pagine precedenti. Non si tratta tuttavia di una colpevole dimenticanza da parte nostra: l'opera di Schmitt non trova infatti alcun posto di rilievo in questa *Introduzione*. Il controverso giurista di Plettenberg compare di sfuggita nella trattazione, e soltanto nelle pagine dedicate alle drammatiche forme di degenerazione politica e giuridica a cui diedero vita i totalitarismi del Novecento. Si tratta cioè di uno Schmitt complice intellettuale di una tra le più drammatiche esperienze collettive del torto subito, ancor prima che figura di spicco nella filosofia del diritto novecentesca. Al di là di questa presa di distanza critica, ben chiara già in *Legitimität gegen Legalität*, l'influenza di Carl Schmitt nello sviluppo del discorso di Hofmann emerge ad ogni modo implicitamente e per

tutt'altra via. È dunque opportuno seguirne le tracce, al fine di delineare un quadro più generale del percorso compiuto dall'Autore.

L'influenza sotterranea delle categorie schmittiane è ben avvertibile proprio a ridosso del nucleo teoretico che fa da sfondo all'intero volume, vale a dire nella figura binaria della differenza nomologica. Così come la differenza schmittiana tra amico e nemico si pone a fondamento del concetto del 'politico', allo stesso modo la differenza tra giusto e ingiusto coglie secondo Hofmann l'essenza del concetto del 'giuridico'. Giova certo ricordare, a scanso di equivoci, come la celeberrima distinzione amico-nemico costituisca in Schmitt un argomento « essenzialmente polemico »⁽³¹⁾ utilizzato contro le dottrine liberali del periodo di Weimar, che tuttavia — come lo stesso Hofmann era giunto a sottolineare in *Legitimität gegen Legalität* — « solleva necessariamente la pretesa di illuminare la situazione concreta attraverso una conoscenza trascendente il momento storico e storicamente incondizionata »⁽³²⁾. La medesima valenza trascendentale è riconosciuta dall'Autore alla differenza nomologica, che individua il nucleo di una ontologia giuridica deontologizzata⁽³³⁾, fondata in negativo — sull'onda di un altro grande *outsider* del pensiero filosofico, Arthur Schopenhauer (pp. 78 e 114) — sull'immediatezza sensibile del torto subito, così come l'amico di Carl Schmitt si mostra innanzitutto, sotto il profilo concettuale, come il non-nemico nella situazione originaria e precategoriale della guerra, della « negazione assoluta di ogni altro essere »⁽³⁴⁾.

Questi evidenti parallelismi non devono tuttavia trarre in inganno il lettore. Non intendiamo qui sostenere, infatti, che Hofmann si limita a far propria la categorizzazione schmittiana del 'politico', utilizzandola quale chiave d'accesso alla questione del giusto. Vale piuttosto il contrario: le categorie schmittiane appaiono metabolizzate in senso critico dall'Autore. La differenza nomologica consente infatti ad Hofmann da un lato di evidenziare la messa tra parentesi del problema del giusto in età moderna, in virtù del legame costitutivo tra diritti, sovranità e costituzione che neutralizza *ab origine* qualsiasi concreta richiesta di giustizia, risolvendola in una forma di legittimazione del potere statale. Per altro verso, il carattere atemporale ed essenzialmente vuoto della differenza schmittiana tra amico e nemico appare superato nella differenza nomologica, in virtù della struttura dinamica che la contradd-

(31) H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt* (1964), trad. it. di R. Miccù, Napoli, ESI, 1999, p. 137.

(32) Ivi, p. 147.

(33) Osserva infatti Hofmann, con echi palesemente heideggeriani, che nella differenza nomologica « il diritto si comporta in maniera simile a quanto avviene nella differenza ontologica, secondo la quale l'essere dell'ente non è a sua volta un nuovo ente, ma l'universa in ciò che di volta in volta è in modo particolare » (p. 27).

(34) Cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 116.

distingue ⁽³⁵⁾. Questa si configura infatti, in primo luogo, come una tensione verso il giusto che muove dalle esperienze storiche concrete, e dunque come l'aspirazione a quell'obbligo necessariamente possibile — già percepibile in Kant — che travalica le scansioni della scienza giuridica e politica moderna, e che risulta costitutiva della vita in comune degli uomini. È questa certo un'aspirazione che non si presta a categorizzazioni universali e che incontra molteplici ostacoli lungo il percorso che conduce alla sua realizzazione. Si tratta ad ogni modo di una tensione, al contempo etica, giuridica e politica, che fa da sfondo ad ogni singola pagina di questa *Introduzione*, la quale, se da un lato non offre alcuna ricetta a buon mercato per far fronte alle esperienze sempre nuove del torto subito, alle crescenti disequaglianze nella distribuzione dei beni e alle forme più terribili di ingiustizia istituzionalizzata, non di meno fornisce un apparato critico assai ricco per accostarsi a questi problemi con rinnovata consapevolezza critica e senza false illusioni.

⁽³⁵⁾ Cfr. *supra*, nota 5. Va infatti sottolineato come la riduzione della differenza nomologica al codice binario giusto-ingiusto (*Gerecht-Ungerecht*), sulla scorta della distinzione schmittiana amico-nemico, finirebbe col costringere il discorso filosofico-giuridico entro uno spazio logico che rende costitutivamente incoglibile quell'interrogativo a cui questo stesso discorso cerca affannosamente di rispondere — un interrogativo, sia detto per inciso, che è al contempo una concreta richiesta di giustizia da parte degli oppressi. Se nel concetto di diritto si intravede invece il *rapporto* tra l'esperienza del torto subito e l'aspirazione ad un agire secondo giustizia, la differenza nomologica acquista quel senso dinamico che mi sembra Hofmann intenda attribuirgli.

SALVATORE BERLINGÒ

‘DESACRALIZZAZIONE’ DEL DIRITTO
E ITINERARI CANONISTICI DEL NOVECENTO

(a proposito di *Itinerari culturali del diritto canonico nel Novecento*,
a cura di C. Fantappiè, Torino, Giappichelli, 2003)

1. Nei luoghi e nei tempi in cui la presenza e la visibilità del religioso sembrano voler prendere prepotentemente la rivincita sul preteso silenzio e la conclamata morte di Dio, il problema principale non è solo, o semplicemente, quello del rapporto fra la teologia e il diritto della Chiesa o i diritti delle religioni, quanto piuttosto, e forse ancor prima, quello del rapporto tra il senso del sacro ed il senso o il significato del diritto in sé e per sé preso. Il numinoso scacciato dalla porta con i molteplici anatemi lanciati contro l'ostentazione dei suoi simboli più vistosi, sempre più di frequente tende a rientrare dalla finestra sotto le mentite spoglie di una malintesa religione civile o dell'assolutizzazione di principi immanenti alla stessa comunità politica.

Per tanto, il merito maggiore di una pregevole opera collettanea, apparsa di recente ⁽¹⁾, consiste nel contributo che essa può offrire per la maturazione dell'idea che il tema centrale del dibattito sull'attualità della canonistica non è (più o solo) quello della (de)teologizzazione del diritto della Chiesa, bensì quello della tuttora persistente affabulazione teologica del diritto *tout-court*, pur in un contesto di laicità e di secolarizzazione ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cfr. *Itinerari culturali del diritto canonico nel novecento*, a cura di C. Fantappiè, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 1-274.

⁽²⁾ Dopo avere rilevato, sulla falsariga di Rigaux, che « la norme fondamentale exerce, dans la théorie kelsénienne, des fonctions de légitimation pratique à caractère religieux », F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *La référence à Dieu dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen*, in *Qu' est-ce que Dieu? Hommage à l'abbé Daniel Cappieters de Gibson*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires, 1985, p. 315 e pp. 323 ss., annotano conclusivamente che la posizione di Kelsen si accosta « à celle du panthéisme au sens du 'pancosmisme' (dilution de Dieu dans le monde) — position du reste revendiquée par Kelsen lui-même — et conduit à une forme d'absolutisation du monde, en dépit du relativisme sans cesse revendiqué ». A sua volta, E. DIENI, che ricorrentemente approfondisce queste tematiche nel suo bel lavoro, *Finzioni canoniche. Dinamiche del 'come se' tra diritto sacro e diritto profano*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 402, richiama in proposito un significativo brano di D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima*

In una prospettiva di tal fatta l'elemento reale di disturbo non è (più o tanto) costituito dalla constatazione — correttamente effettuata, non solo da un punto di vista fenomenologico — del « ritorno della religione come elemento significativo del dibattito e della lotta politica »⁽³⁾, quanto dalla sempre più avvertita consapevolezza che « il re è nudo », perché, deposto l'involucro della « *regalis potestas* », vengono allo scoperto le inconfessate vergogne di una « *sacrata auctoritas* »; ossia di un'autorità (o, se si preferisce, anche « autorevolezza ») occultamente sacralizzata, anche, forse soprattutto, in ambito profano⁽⁴⁾. Ecco perché i saggi di R. Righi (su *Rudolph Sohm e il diritto canonico. L'eventuale, il contingente, il fattuale*), di Antonio De Simone (su *Le vie del disincantamento. Razionalità e diritto in Max Weber*) e di Michele Nicoletti (su *Carl Schmitt e il diritto canonico. Tra Sohm, Kelsen e Barion*)⁽⁵⁾ possono essere assunti come punto di avvio di queste brevi riflessioni.

2. Se è vero che il problema dello « statuto delle fedi religiose nella modernità » si intreccia con quello del « fondamento ideologico della politica » e che, per quest'ultima, non è più sufficiente il disincanto moderno⁽⁶⁾, del tutto pertinente a me sembra indagare, come fa De Simone, « sulle vie del disincantamento ». Fra questi itinerari, a detta di Weber, occorrerebbe includere lo stesso diritto canonico (inteso come il diritto della Chiesa latina), dato che esso sarebbe divenuto « per il diritto secolare, una delle guide sulla via della razionalità; e ciò in conseguenza del carattere di 'istituzione' razionale proprio della Chiesa cattolica, di cui non si hanno altri esempi »⁽⁷⁾.

età moderna, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 19: « In realtà anche nel caso di Kelsen [...] bisogna chiedersi se la supposta 'demitizzazione' e 'desacralizzazione' del concetto di diritto e giustizia, nel senso di una loro sottrazione a ogni vincolo col mondo dei valori etico-religiosi, non sia piuttosto una forma più forte di sacralizzazione: cioè di assolutizzazione del potere e del diritto concepito esclusivamente come promanazione del potere ».

⁽³⁾ Cfr. G. FORMIGONI, *Europa e Stati Uniti: la religione torna in politica*, in « Appunti di cultura e politica », XXVII, 2005, 1, p. 16.

⁽⁴⁾ Al riguardo, la chiusa di C. SCHMITT, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1992, è folgorante: « Stat pro ratione Libertas et Novitas pro Libertate ». Richiamandosi ad essa M. NICOLETTI, « *Teologia politica* » e *filosofia politica*, in *Teologie politiche. Modelli a confronto*, a cura di G. Filoramo, Brescia, Morcelliana, 2005, p. 385, osserva come un allarme simile risuoni, da ultimo, anche in J. HABERMAS, *Fede e sapere*, in « Micromega », 5, 2001, pp. 15 ss., dove l'A. scrive: « Dio rimane un 'Dio di uomini liberi' soltanto se non livelliamo l'assoluta distanza tra il creatore e la creatura ».

⁽⁵⁾ Essi sono rinvenibili, rispettivamente, in *Itinerari*, a cura di Fantappiè, cit., pp. 34 ss., pp. 77 ss., pp. 124 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. FORMIGONI, *Europa*, cit., p. 22.

⁽⁷⁾ Cfr. DE SIMONE, *Le vie*, cit., p. 110, cui si rinvia per le opportune referenze sul brano di Weber richiamato nel testo.

« Per Weber, il diritto razionale-formale, come lo stato moderno, con la sua organizzazione burocratica, sono fenomeni che appartengono esclusivamente all'occidente e che non trovano riscontro in altre forme di società o in altri periodi storici » (8). « Weber costruisce una specifica tipologia delle forme del diritto ('tradizionale', 'rivelato', 'statuito') sulla base di una determinata scala di razionalità con al suo apice il diritto razionale-formale » (o « puro » alla Kelsen) (9). Tuttavia Weber stesso ritiene che « possono esistere postulati giusnaturalistici materiali che [...] possono anche [...] ostacolare [...] quella completa trasformazione del diritto in 'prodotto e mezzo tecnico di un compromesso di interessi' che i giuristi specializzati [o di professione] progressivamente perseguono » (10).

Ora, se ciò appare utile al fine di scongiurare il rischio che il diritto si trasformi — per dirla con Luhmann — in un'arida « *Trivialmaschine* », occorre, d'altra parte, evitare il rischio simmetrico della persuasione, che il vuoto prodottosi con il tramonto del mito razionalistico possa essere colmato dall'uso improprio, riduttivo e strumentale, delle esperienze e delle tradizioni religiose in funzioni di semplici « religioni civili » o di « supplementi d'anima » delle comunità politiche, oggi sempre più tentate dal rappresentarsi come aliene da qualsiasi fondamento assiologico (11).

3. Bisogna chiedersi, a questo punto, quale ricostruzione della tradizione e dell'esperienza canonistiche meno si presti o più si dimostri refrattaria rispetto a tale esito.

Roberto Righi ripercorre con finezza e puntualità la (re) *Konstruktion* di Sohm sulla realtà normativa della Chiesa delle origini. Dalla (apparentemente) secca irriducibilità dell'« evento » cristiano (e anche delle sue contingenti assemblee carismatiche) alla sfera del diritto (pubblico) come *Verfassung* e *Macht* si perviene, nella parabola tracciata dagli scritti del Maestro tedesco, all'adozione del concetto di « anarchismo pneumatico » di derivazione stammleriana, pur esso fattore di un *Ordnung* che si contrapporrebbe, però, all'*Ordnung* del diritto in senso proprio, in quanto scevro da ogni coercizione: « L'*Anarchismus* mette il diritto 'fuori gioco' perché scansa ogni 'coercizione' »;

(8) Ivi, p. 114.

(9) Ivi, pp. 116 ss.

(10) Ivi, p. 10, con un richiamo a M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. a cura di P. Rossi, vol. II, Milano, Ed. Comunità, 1961, p. 184.

(11) Seppur suggerenti le operazioni ermeneutiche e ricostruttive prospettate da due fra i più dotati giovani studiosi del diritto ecclesiastico, M. RICCA, *Le religioni*, Roma-Bari, Laterza, 2004, per l'ambito di esperienza italiana e M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, Giappichelli, 2001, per l'ambito di esperienza europea, potrebbero finire coll'assecondare e propiziare le tendenze denunciate e paventate nel testo.

affida tutto al consenso, poggia soltanto su norme convenzionali; e perché, proprio per questo, rinuncia ad ogni rigidità; regola e connette 'caso per caso'. È, in senso proprio, ordine eventuale » (12).

Per inverso, precisa Righi, Sohm ha « adoperato » Stammler « non senza alterarlo, radicalmente, in almeno alcuni punti cruciali ». Mentre, infatti e paradossalmente, prima dell'incontro con Stammler, in *Kirchenrecht I*, Sohm afferma che l'organizzazione carismatica suppone « il libero riconoscimento del carisma » e che esso può provenire solo « dall'amore » (13), in *Wesen und Ursprung des Katholizismus* (1909), « il carisma *deve* ottenere riconoscimento » (14) e non nel senso del *sollen* ma del *müssen* (l'*Anerkennungszwang* di Simmel) (15); proprio nell'opera in cui avviene l'incontro con Stammler è quindi « tolto, o anzi capovolto, il perno di tutto il discorso stammleriano, l'opposizione netta di *Anerkennung* e *Zwang* »; e a « scardinare l'opposizione è un punto di teologia, non di teoria del diritto o della società » (16).

4. Che sia invero un « punto di teologia » a far naufragare o a « consumare » il programma sohmiano di « de-giuridizzazione » del teologico potrebbe sembrare antinomico. Tuttavia, a spiegare come si tratti di una contraddizione solo apparente soccorre il contributo di Michele Nicoletti. Quest'ultimo si rifà al saggio di Schmitt su *La visibilità della Chiesa* (1917), in cui l'Autore dei noti scritti di teologia politica aiuta a comprendere come la prospettiva teologica (riformata) — secondo cui il diritto sarebbe solo o prevalentemente « un sistema di regole coercitive necessitato dalla malvagità umana » — è una precomprensione teologica, appunto, ma *estrinseca* rispetto alla più genuina tradizione canonistica ed allo stesso cristianesimo delle origini.

(12) Cfr. RIGHI, *Rudolph Sohm*, cit., p. 67. Può essere interessante notare che, anche più di recente, a livello di filosofia politica, R. DE STEFANO, *Il problema del potere*, Milano, Giuffrè, 1962, 98 ss. e pp. 166 ss. ha parlato di « comunismo anarchico » a proposito dell'ordine di vita praticato dalle prime comunità cristiane, secondo quanto si legge negli *Atti degli Apostoli*. Sul modo di intendere l'« ordinamento anarchico-orizzontale », da parte dell'A. per ultimo richiamato, è bene, però, consultare anche uno scritto di poco successivo a quello prima citato, ossia R. DE STEFANO, *Per un'etica sociale della cultura, II, La cultura e l'uomo*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 506 ss., dove non si manca di criticare severamente la « corsa » dell'« umanità moderna » « verso la ricchezza, la potenza, la libertà anarcoide », nel quadro della « storia di un umanismo titanico che alla libertà non riconosce alcuna limitazione e così rende impossibile ogni mondo di valori oggettivi, sociali, economici, culturali, religiosi ».

(13) Cfr. R. SOHM, *Kirchenrecht. I: Die geschichtlichen Grundlagen*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, p. 27.

(14) Cfr. R. SOHM, *Wesen und Ursprung des Katholizismus*, in « *Abhandlungen der philosophisch-historischen Klasse der Königl. Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften* », 1909, p. 123.

(15) Cfr. G. SIMMEL, *Sociologia*, trad. it. a cura di A. Cavalli, Milano, Ed. Comunità, 1989, p. 119.

(16) Cfr. RIGHI, *Rudolph Sohm*, cit., pp. 69 ss.

In base alla Rivelazione, secondo la lettura operata da Schmitt, « il diritto appartiene allo stato di natura creata e precede lo stato di *natura lapsa* » (17). Difatti « la prima forma di ordinamento giuridico umano, ossia il matrimonio, è istituita da Dio prima del peccato » (18) e bene in essa può scorgersi l'origine della cifra tipicamente schmittiana della *complexio oppositorum*, o della intersezione in un'unica realtà o istituto (l'amore coniugale) della spontaneità di un patto e della coestensiva vincolatività di un dovere. Giustamente rileva Nicoletti come proprio su questo piano ed in tale prospettiva Schmitt sembra volere rispondere a Kelsen ed al suo programma di radicale « de-teologizzazione » del giuridico (già abbozzato nel saggio del 1922-23, su *Dio e Stato*) (19). Ed in vero, secondo quanto viene fatto osservare da Hans Barion — uno dei canonisti del novecento tedesco che più risente dell'influenza di Schmitt, e cui Schmitt stesso dedica lo scritto *Politische Theologie II* del 1970 — anche nelle opere di Schmitt vi sarebbero elementi per impostare una « radicale distinzione dell'ambito politico da quello ecclesiale » (20). Questi elementi sarebbero da ravvisare soprattutto nel fatto che, in virtù della riserva escatologica (ossia « *sub specie* della sua 'durata' che a tutto sopravvive »), la Chiesa, al contrario di ogni comunità politica — come ancor meglio e più approfonditamente potrebbe dimostrare solo uno studio sulla Trinità quale problema politico (21) — non è inserita nella dinamica amico-nemico e, per sopravvivere, non ha la urgente necessità di una decisione (politica) (22).

5. Barion, per altro, si colloca su di una linea più avanzata rispetto a quella di Schmitt che, aderendo all'indirizzo della *potestas indirecta in temporalibus*, « continuava pur sempre a riconoscere un'immersione della Chiesa nella dinamica della storia e dunque un suo non potersi sottrarre alle dinamiche conflittuali che la segnano » (23). Hans Barion, viceversa, afferma la tesi di una doppia e parallela *potestas directa* di Chiesa e Stato nei loro rispettivi ambiti (24); ed, inoltre, pone il

(17) Cfr. C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, trad. it. a cura di C. Galli, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 71 ss.

(18) *Ibidem*.

(19) Cfr. NICOLETTI, *Carl Schmitt*, cit., pp. 126 ss., pp. 130 ss., pp. 132 ss.

(20) *Ivi*, p. 145.

(21) Cfr. H. BARION, 'Weltgeschichtliche Machtform'? Eine Studie zur Politische Theologie des II. Vatikanischen Konzils, ora in *Kirche und Kirchenrecht: gesammelte Aufsätze*, a cura di W. Böckenförde, Paderborn, München, Wien, Zürich, Schöningh Verlag, 1984, p. 640.

(22) Cfr. SCHMITT, *Cattolicesimo*, cit., p. 69.

(23) Cfr. NICOLETTI, *Carl Schmitt*, cit., p. 146.

(24) Cfr. H. BARION, *Kirche oder Partei? Der Katholizismus im neuen Reich*, ora in *Kirche und Kirchenrecht*, cit., p. 459. Per le ascendenze magisteriali su questo modo di impostare i rapporti tra Chiesa e comunità politica, in base ad un netto criterio di distinzione dei due « ordini », sia consentito il rinvio al mio saggio, *La 'iusta libertas' dei*

problema, anche per la Chiesa, del rapporto tra *Ordnung* ed *Ortung* (ossia tra ordinamento e territorio) che, pur essendo anch'esso un tema spiccatamente schmittiano per quel che concerne i sistemi politici (25), Barion affronta altresì con specifico riguardo al diritto della Chiesa. In questa il « territorio » delle Chiese particolari, pur essendone elemento costitutivo ed imprescindibile, è trasfigurato e trasceso dalla loro conaturata dimensione « universale », dal loro nesso e dalla loro penetrazione con la « cattolicità » dell'ordinamento nel suo complesso, che « non conosce un problema di localizzazione », almeno nel senso in cui esso si pone per il diritto mondano che « si radica pienamente nel *Sinnreich der Erde* » (26).

Questo profilo pone in evidenza un altro motivo del rischio di captazione e di strumentalizzazione da parte della comunità politica degli ordini normativi delle religioni messianiche e/o universaliste: la sterritorializzazione degli ordinamenti profani può anch'essa provocare un vuoto di senso tale da indurre a colmarlo con il ricorso a credenze e dogmi religiosi (27), siano essi quelli tradizionali, siano essi quelli prodotti dallo scientismo teistico (o dal teismo scientifico), ultima astuzia della storia nei confronti dell'età tardo-post-moderna.

Non a caso, proprio i più recenti studi su Kelsen hanno posto in luce l'occulta « sacralizzazione » che tale Autore ha operato dell'istanza normativa fondamentale, quasi pervenendo ad una inconfessata abiura del suo programma di « deteologizzazione » del diritto (28).

6. In un tale contesto credo che sia stato opportuno — di là di ogni giudizio di merito sull'apparato teorico di Schmitt e sulle appendici che se ne possono trarre e di là dell'appunto critico che lo stesso

laici (LG37) e la fondazione del diritto secolare, in *Teologie*, a cura di Filoramo, cit., pp. 249 ss. (anche nelle note, per ulteriori richiami) e, ivi, cfr. pure M. RIZZI, *Esegesi e teologia politica tra tardo antico e prima età moderna. Due modelli a confronto*, pp. 103 ss., in specie pp. 120 ss., per il filone dottrinale cristiano più impegnato in una « drastica de-teologizzazione della *potestas* terrena ».

(25) Cfr. C. SCHMITT, *Terra e mare*, trad. it. a cura di A. Bolaffi, Milano, 1986, 63. Sul dibattito relativo alla dimensione territoriale nella prospettiva della globalizzazione, cfr. S. BERLINGÒ, *Il "cammino" e le "radici": riflessioni su di una 'nuova' missione della 'vecchia' Europa. (A proposito di un libro recente)*, in « Quad. Dir. Pol. Eccl. », 2005, 2, in corso di pubblicazione.

(26) Cfr. H. BARION, *Ordnung und Ortung im kanonischen Recht*, ora in *Kirche und Kirchenrecht*, cit., p. 214, nella contestualizzazione offertane da NICOLETTI, *Carl Schmitt*, cit., pp. 147 ss.

(27) Cfr. D. FARIAS, *Mondialità dell'età contemporanea e contemporaneità della storia locale*, in AA.VV., *Chiesa e Società nel Mezzogiorno. Studi in onore di Maria Mariotti*, Soveria Mannelli, Rubettino, 1998, vol. II, pp. 1655-1671.

(28) Si v., oltre ai saggi richiamati supra in nt. 2, i lavori messi a frutto da DIENI, *Finzioni canoniche*, cit., pp. 163 ss. 401 ss., tra cui pure S. BERLINGÒ, *L'ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell'ordine dei sistemi*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 99 ss., in specie p. 105.

Schmitt muove alla distinzione di Barion circa i due « ordini » (del religioso e del politico) tacciandola di eccessivo schematismo ⁽²⁹⁾ — richiamare, come fa Nicoletti ⁽³⁰⁾, un passaggio illuminante di *Cattolicesimo romano*: « Se la Chiesa avesse accettato di non essere niente più che il polo 'animato' contrapposto alla mancanza d'anima, sarebbe stata dimentica di se stessa; sarebbe diventata, infatti, solo un piacevole complemento del capitalismo, un istituto sanitario per curare i dolori della libera concorrenza, la gita domenicale o la vacanza estiva, dell'anno metropolitano. Esiste naturalmente un importante effetto terapeutico della Chiesa; solo, l'essenza di un'istituzione siffatta non può consistere in ciò » ⁽³¹⁾.

Credo che alla luce di queste chiare ed indeclinabili affermazioni vada letta la tesi centrale del meritevole sforzo ricostruttivo condotto da Carlo Fantappiè nel rintracciare e ridefinire i percorsi seguiti dalla scienza canonica del novecento nelle varie chiese cristiane ⁽³²⁾. Secondo l'A., superata « la tendenza verso una fondazione del d(iritto) c(anonico) di tipo estrinseco, le scuole dottrinali più importanti si sono sforzate di ricondurre la giustificazione e la derivazione dell'ordinamento canonico al 'mistero della Chiesa' » ⁽³³⁾. Fa bene, per altro, Fantappiè a segnalare i pericoli e gli slittamenti ai quali può condurre una prospettiva in cui il mistero della Chiesa sia inteso in senso ecclesiocentrico, con una assolutizzazione del dato teologico o magisteriale ed a ritenere preferibile che esso sia inserito in una visione o in una « economia » storico-salvifica dell'umanità, che valorizzi e non esorcizzi « le tensioni tra legge e vangelo, tra diritto e amore, tra Chiesa-società e Chiesa-comunità, tra appartenenza alla Chiesa e appartenenza al genere umano [...] » ⁽³⁴⁾. Così può pure congruamente giustificarsi, sul piano più propriamente giuridico, la pluralità e la politipia degli ordinamenti, tra i quali quello canonico dovrebbe rifuggire da ogni tentativo di mimetismo con quelli espressi dalle comunità politiche.

7. Se la corrente secolarizzatrice del diritto positivo può indurre questo segmento della umana cultura ed esperienza all'esito contraddittorio di ricercare e riprodurre « in se stesso la propria referenza

⁽²⁹⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica II*, cit., p. 88.

⁽³⁰⁾ Cfr. NICOLETTI, *Carl Schmitt*, cit., p. 135.

⁽³¹⁾ Cfr. SCHMITT, *Cattolicesimo*, cit., p. 40. Può ricordarsi come anche G. E. RUSCONI, *Il riferimento ai valori religiosi nel preambolo della Costituzione europea*, in « Coscienza e libertà », 2004/38, p. 88 (in nota), denunci il pericolo di un « impoverimento teologico della religione-di-chiesa, ridotta a surrogato mass-mediale di una 'religione civile' ».

⁽³²⁾ Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Scienza canonica del Novecento. Percorsi nelle chiese cristiane*, in *Itinerari*, a cura di Fantappiè, cit., pp. 155 ss.

⁽³³⁾ Ivi, p. 187.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 189.

fondatrice » e quindi di incorporare in se stesso la sacralità, la « degiuridicizzazione della teologia », di per sé auspicabile, può però condurre ad un eccesso di astrazione e ad una perdita di contatti con la realtà.

Pertanto, ha pienamente ragione Andrea Grillo, quando, avviandosi a concludere il suo saggio (su *Sacramenti e diritto: estraneità o correlazioni? Intrecci tra dimensione rituale, giuridica e teologica*)⁽³⁵⁾, afferma che « oggi per il teologo dei sacramenti e della liturgia, non è possibile affrontare questioni decisive [...] senza interloquire profondamente con la dimensione giuridico-istituzionale del sacramento e dell'atto liturgico »⁽³⁶⁾.

Non sembra quindi esservi incompatibilità fra sacramenti e diritto, fra ambito del sacro ed esperienza giuridica; ma forse qualche precisazione è necessaria: 1) il diritto non è solo quello espresso dalla comunità politica; 2) il diritto che attiene all'ambito del sacro è vero diritto (ma non è il diritto della politica); 3) anche nell'ambito del sacro ci sono dimensioni che devono essere trattate (prevalentemente) dal (punto di vista del) diritto; 4) se anche nell'ambito (dello studio) del sacro, si pretendesse di trattare tutto ed esclusivamente dal punto di vista teologico, inevitabilmente si slitterebbe verso una giuridicizzazione o razionalizzazione in senso mondano e immanente della teologia.

Quest'ultimo rilievo serve a dare ulteriore conferma della notazione — cui si è già pervenuti, in precedenza, da altre strade — che ove la politica, dal canto suo, pretendesse di essere assolutamente autoreferenziale e di dare totale prevalenza al proprio punto di vista, anche nell'ordine profano ed immanente della esperienza, perverrebbe ad una incongrua teologizzazione o sacralizzazione del suo modo di essere⁽³⁷⁾.

8. Le puntualizzazioni appena sopra formulate servono, per altro, a comprendere i motivi per cui Cardia sembra volere rivolgere un rimbrotto e, insieme, un appello alla teologia contemporanea, quando scrive: « [...] la teologia dovrebbe riscoprire l'umiltà quale propria virtù strutturale nella ricerca di Dio »⁽³⁸⁾. « Una teologia umile dovrebbe riconoscere che essa sa molto poco di Dio, che Dio non le appartiene come oggetto esclusivo di indagine, ma appartiene a tutti gli uomini e

⁽³⁵⁾ Ivi, pp. 199 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. GRILLO, *Sacramenti*, cit., p. 228.

⁽³⁷⁾ In questa prospettiva può comprendersi come, proprio in Francia in cui il principio di laicità è espressamente costituzionalizzato, si sia posto, ai dì nostri, il tema della « laïcisation de la laïcité »: cfr. A. FERRARI, *Laïcité et voile islamique en France au début du nouveau millénaire*, in *Reflexion sur la laïcité*, in « CIEMI, Migrations-Société », vol. 16, n. 96, novembre-décembre 2004, p. 66, richiamando, in nota, lo studio di J.-P. WILLAIME, *Laïcité et religion en France*, in *Identités religieuses en Europe*, a cura di G. Davie e D. Hervieu-Léger, Paris, Ed. La Découverte, 1996, pp. 163 ss.

⁽³⁸⁾ Cfr. C. CARDIA, *Teologia, cultura, università. Percorsi teologici del Novecento. Frammenti di analisi*, in *Itinerari*, a cura di Fantappiè, cit., pp. 231 ss.

alla loro vita vissuta »⁽³⁹⁾. Sarebbe, quindi, riferibile alla tracotanza dei teologi specialisti o di professione la pretesa (quasi blasfema) di voler dare una spiegazione razionalmente esaustiva e totalizzante ad ogni pur riposta ed ascondita piega dell'ambito del sacro, che è realtà complessa e misteriosa; ed espressione di tale pretesa sarebbero le derive razionalistiche esemplate e criticate da Cardia, sia quelle in chiave neoilluministica alla Kessler, sia quelle tardo-psicoanalitiche alla Drewermann⁽⁴⁰⁾.

Queste derive, aumentando l'illusione della possibilità di ridurre ogni scibile umano ad un unico codice empiriologico, si presterebbero a favorire, per il tramite del solito gioco dei rispecchiamenti, l'insorgere, anche e soprattutto in ambito profano, di omologhe pretese olistiche ed esclusive.

Non a torto Cardia annota: « Qui si propone la questione dell'intolleranza, già conosciuta nella storia cristiana e della teologia, e che continua a porre degli interrogativi anche in relazione al rapporto odierno tra teologia e cultura »⁽⁴¹⁾. Su questo medesimo registro l'A. così prosegue: « Gli studi teologici sono necessari alla cultura e alla scienza del pensiero, purché non si strutturino in comparti isolati e autosufficienti rispetto ad altri settori della ricerca e della riflessione speculativa »⁽⁴²⁾. Di qui la proposta di favorire nel contesto universitario (pubblico), piuttosto che l'istituzione di Facoltà di (pura) teologia, la articolazione di Cattedre di storia della teologia o delle teologie da inquadrare « nell'ambito di quelle Facoltà umanistiche e di quelle classi di laurea che per loro natura sono predisposte all'accoglienza delle scienze speculative »⁽⁴³⁾.

Il tema è delicato e non è detto che, pur partendo dalle giuste premesse poste dell'A., l'unica proposta operativa accettabile sia quella da lui suggerita⁽⁴⁴⁾.

9. In questa sede lo sviluppo degli argomenti pro e contro la proposta formulata da Cardia condurrebbe lontano dal nucleo centrale del dibattito su cui si è inteso intervenire.

⁽³⁹⁾ Ivi, pp. 253 ss. Per altro, sul carattere fondante della virtù dell'umiltà nella ricostruzione della dottrina cristiana vi è unanimità e continuità di consensi da S. Agostino a Pascal (cfr. M. LÉNA, *Augustin et Pascal. 'Pour disposer au christianisme'*, in « Études », 402/3, mars 2005, p. 337), sino a D. VON HILDEBRAND, *Ethik*, Stuttgart-Regensburg, Kohlhammer, 1973, pp. 473, ss.; Id., *Situations-ethik und kleinere Schriften*, Stuttgart-Regensburg, Kohlhammer, 1973, p. 81 e pp. 158 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. ancora CARDIA, *Teologia*, cit., p. 245.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 263.

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 264.

⁽⁴⁴⁾ Cfr., per tutti, da ultimo, F. PAJER, *Considerazioni socio-pedagogiche sull'istruzione religiosa in Europa*, in « Coscienza e libertà », 2004/38, pp. 38 ss., in ispecie 47, in nota, per altre referenze.

Preme sottolineare che, se l'esigenza di un temperamento e di una relativizzazione dell'assolutezza teologica è avvertita in generale, tanto più essa risulta legittima a proposito del campo di esperienza del diritto, foss'anche quello della Chiesa o delle Chiese o di qualsiasi religione.

In relazione a ciò mi sembra che non possa prescindere dai risultati positivi prodotti in seno alla storia della cultura ed alla vita accademica dalla singolare vicenda incarnata dall'insegnamento del diritto canonico presso le Facoltà universitarie (pubbliche) non teologiche. Il nucleo forte di questa vicenda si riconosce nella scuola canonistica laica di diritto canonico che io ritengo — forse in parziale dissenso da Fantappiè — non possa essere etichettata come semplicemente « dommatica », a meno che a quest'espressione non si tolga l'alone di un (pre)giudizio deteriore ed unilaterale ⁽⁴⁵⁾.

Vero è che l'apporto della canonistica laica si è rivelato indispensabile lungo tutto il novecento per cogliere — di là delle apparenti rigidità delle codificazioni — lo spirito e la mentalità essenziali del diritto canonico: un'esperienza connaturata alla dimensione tipica dell'*homo viator* e, proprio per questo, piegata alle caratteristiche della strumentalità e della provvisorietà. Se così inteso, se così studiato, se così insegnato, il diritto canonico — come acutamente intuisce Paolo Grossi nel saggio introduttivo del volume (« *Diritto canonico e cultura giuridica* ») ⁽⁴⁶⁾ — può fungere « da prezioso momento comparativo ». « Dopo cinque secoli di statalismo giuridico, di culto della legge, di culto del Codice, di fiducia nelle virtù taumaturgiche del legislatore, tocchiamo con mano i difetti ed i limiti enormi di una siffatta impostazione » ⁽⁴⁷⁾. « Oggi si ripete più volentieri l'affermazione dell'antica sapienza che il diritto, tutto il diritto, è costituito *hominum causa*, ha una ineliminabile dimensione strumentale, è strumento per l'uomo e alle sue esigenze deve piegarsi ed elasticizzarsi. E ritorna l'atteggiamento metodico e il motivo di fondo caratteristici dello *ius Ecclesiae* » ⁽⁴⁸⁾.

Tuttavia, come precisa sempre Grossi, perché l'operazione risulti culturalmente produttiva occorre che lo *ius Ecclesiae* venga letto e interpretato secondo la cifra di comprensione a suo tempo insupera-

⁽⁴⁵⁾ Cfr. S. BERLINGÒ, *Il concetto di diritto canonico nella scuola laica italiana*, in *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, a cura di C.J. Errázuriz e L. Navarro, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 47 ss., in ispecie pp. 53 ss., pp. 57 ss.

⁽⁴⁶⁾ P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Itinerari*, a cura di Fantappiè, cit., pp. 13 ss.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 25. Dello stesso A. si v., altresì, la nona edizione dell'opera, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, in ispecie, pp. 109 ss. e pp. 130 ss., per la valenza paradigmatica, a fronte del potere politico, della nozione di *iurisdictionis*, su cui si v., in particolare, P. COSTA, *Iurisdictionis. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 2002², pp. 264-280 ed ID., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, I, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 3-50.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. P. GROSSI, *Diritto*, cit., p. 28.

bilmente individuata da Francesco Ruffini, uno dei padri fondatori, appunto, della scuola canonistica laica di diritto canonico. « In quella cifra, lo si voglia o non, si codifichi o si mantenga il pluralismo di fonti dello *ius vetus*, sta, per così dire, il 'segreto' del diritto canonico, la sua mentalità specifica; la quale è connaturata a un diritto squisitamente strumentale » ⁽⁴⁹⁾.

Ed una « lettura » del diritto della Chiesa secondo quella cifra può servire ancor oggi — forse oggi soprattutto, come mi sono sforzato di dimostrare — non solo per il mantenimento o per il recupero dello spirito e dello stile più genuini del diritto canonico, ma altresì per ricondurre il diritto — *tutta* l'esperienza giuridica — al servizio della *causa hominis*, per cui si costituisce e vive.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 30.

Ragguagli Fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2003-2004

Sono stati graditi ospiti del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' per un soggiorno di studio il prof. dr. Ricardo FONSECA della Universidade Federal do Paraná, il Lic. e Dottore di ricerca Ramón NARVÁEZ HERNÁNDEZ della Universidad Nacional Autónoma de México, la dr. Ascension MARTIN HUERTAS della Universidad Hispalense de Sevilla, il prof. dr. Manuel MARTINEZ NEIRA della Universidad Carlos III de Madrid, il dr. Alejandro DIAZ MORENO della Universidad de Sevilla, il dr. Eugenio PIZARRO MORENO della Universidad de Sevilla, il dr. Rafael GARCIA della Universidad de Navarra-Pamplona, il dr. Pablo ZAPATERO della Universidad Carlos III de Madrid, la prof. dr. Carmen SERVAN REYES, della Universidad de Sevilla, il dr. Ramón AZNAR I GARCIA della Universidad Carlos III di Madrid.

È stato pubblicato il volume 32 dei 'Quaderni fiorentini', a carattere miscelaneo, con saggi di GROSSI, BOVERO, I DEUG-SU, RAFAEL DEL ÁGUILA, FERREIRA DA CUNHA, CLAVERO, GILARDEAU, SORDI, COSTA, FIORAVANTI, MANNORI, RUSCHI.

Si è tenuto in data 1 ottobre 2004 il seminario "*Pacta*: Costruzioni romane ed elaborazioni medievali. Un confronto tra esperienze giuridiche".

PAOLO GROSSI

RICORDO DI MARIO SBRICCOLI

Pietro Costa, sapiente Redattore di questi 'Quaderni', mi segnala, con un tono cortese ma ultimativo a lui assolutamente non abituale, che nel volume monografico già in bozze, malgrado il pochissimo tempo a disposizione, non ci può non essere un primo ricordo di Mario Sbriccoli scomparso il 1° agosto, appena qualche giorno fa; che questo ricordo debbo scriverlo io, che ho avuto il privilegio di annoverare Mario tra i miei figli accademici.

Il compito mi lusinga e mi atterrisce, come quando, a Macerata, il 2 agosto, sulla soglia dell'Università, a me appena arrivato con gli altri amici fiorentini per partecipare alle esequie, Luigi Lacché, primo allievo scientifico di Mario, mi invitò a pronunciare pubblicamente qualche parola insieme al Rettore e al Preside. Allora io dissi con sincerità, in uno stato di profondo scoramento, che non ero certo di riuscire a vincere l'emozione e la commozione. Oggi, la scrittura permette di meglio filtrare e contenere quel sentimento di strazio, che sembra non lasciarmi mai nelle lunghe e amarissime giornate di una estate particolarmente dolorosa.

Costa e Lacché hanno ragione: allora, in quel pesante pomeriggio maceratese, oggi, nella quiete del mio Chianti, toccò e tocca a me dar conto di una familiarità durata più di quaranta anni, costante e affettuosa, senza screzii o incrinature. Altri, più in qua, saranno chiamati a onorare il provvedutissimo scienziato e lo straordinario didatta, ma questa prima testimonianza sul personaggio Sbriccoli — l'uomo e l'intellettuale — debbo io esprimerla.

Né posso cominciare a seguire l'itinerario del ricordo senza prima segnare qui una considerazione umanissima, che il lettore benevolo vorrà giustificare nella sua schietta umanità; ed è la stessa considerazione che io scrissi su questi 'Quaderni' nel lontano 1988 commemorando l'amico Giovanni Tarello anche lui tanto prematu-

ramente scomparso: la morte chiede di essere preparata da una lunga vicenda di giorni e di opere per apparire quello che è, il naturale compimento di una vicenda, la sua prevista e attesa definizione; solo allora, dopo lo snodarsi e il compiersi faticoso del tempo dell'azione, sembra giusto e pròvvido l'aprirsi del riposato tempo della memoria; ma quando l'azione si arresta incompiuta, quando i padri sono chiamati all'ufficio crudele di seppellire i figli, l'umano e finito giudizio non può non avvertire l'innaturalità profonda della cesura prodotta, e il fatto — come tutti i fatti contro natura — reca in sé una insopprimibile ripugnanza. Quella morte ci appare rapace.

È questo il sentimento, forse incontrollato ma schiettissimo, che mi aggredì, quando vidi al centro della imponente sala delle lauree dell'Ateneo maceratese (dove Mario era stato in tante occasioni vivace e vitale protagonista) la sua bara collocata *more nobilium* sul nudo pavimento; ed è il sentimento che ha percosso e percorso l'animo mio in tutto questo agosto del 2005.

* * *

Il mio primo incontro con lui risale ad anni lontani, ai primi anni del mio insegnamento maceratese, al 1962 o 63, durante le lezioni che tenevo in una suggestiva aula chiamata 'la sacrestia', palese ambiente di un antico complesso conventuale. Allora come oggi, è stato sempre mio costume di sollecitare alla fine di ogni lezione gli interventi degli studenti, se non altro per chiarire ciò che fosse risultato oscuro.

Mi colpì l'intervento di uno studente, che non chiedeva chiarimenti ma piuttosto esprimeva perplessità su alcune mie affermazioni. L'impressione fu di un giovane forse un po' saccente, ma straordinariamente colto e dotato di un ingegno notevolissimo. Quello studente era Mario Sbriccoli.

Tutto poteva chiudersi lì, nell'ambito della domanda provocatoria dello studente e della risposta imbarazzata del docente; ma non fu così. Nelle vacanze natalizie, che seguirono a breve, mi pervenne a Firenze una lunga lettera di Mario — che debbo ancora conservare tra le mie troppe carte —, lettera a cui risposi distesamente perché mi sembrò assai meritevole di attenzione. Poi, frequenti incontri nella mia minuscola stanza dell'allora decrepito 'Istituto Giuridico';

poi, un esame brillantissimo, e, infine, la richiesta di redigere sotto la mia guida la dissertazione di laurea.

Seguirlo da vicino mi dette immediatamente la gioia di una scoperta: avevo accanto a me un autentico talento, una precisa vocazione culturale, una promessa per i nostri studi storico-giuridici. Forse no: più che una promessa, se si considera che, di lì a poco tempo, avremmo avuto sui nostri tavoli di lavoro il primo corposo volume su « L'interpretazione dello statuto », apparso nel 1969 ⁽¹⁾ e che gli permise di conseguire a pieni voti la 'libera docenza' ⁽²⁾.

Il tema — il problematico rapporto fra *ius commune* e *iura propria* — era tra i più spinosi e controversi. Mario lo affrontava con una provvedutezza metodologica tutta nuova e da un osservatorio di accesa originalità, come era messo bene in evidenza dal sotto-titolo che l'autore aveva preteso: » Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale ». Vi si offriva un disegno storico-giuridico robusto (perché fondato su un solido apparato di fonti) e convincente (per la capacità di comprensione di quelle fonti). E infatti, malgrado qualche eccessivo appesantimento ideologico (che Mario, in seguito, avrebbe riconosciuto con la sua abituale probità e che infastidì, allora, gli amanti delle compilazioni neutrali), a quaranta anni dalla sua pubblicazione, il primo volume sbriccoliano, universalmente citato e discusso, resta come un momento di rara consapevolezza storiografica nella indagine su uno dei nodi più aggrovigliati della storia del diritto medievale.

Se non avessi il timore di cadere nei lacci della bassa retorica, direi che lo si possa annoverare tra i libri ormai 'classici' della nostra disciplina. Ed era l'opera di un giovane appena ventottenne.

* * *

Poi, il suo itinerario di ricerca e il suo *cursus* accademico si snodarono sicuri.

Fui io a suggerirgli un tema per future indagini: la storia del diritto penale. Il mio suggerimento aveva un obiettivo limitato: analizzare

(1) Presso l'editore Giuffrè di Milano.

(2) Malauguratamente, invece, Mario non ebbe più il tempo di riprendere il tema della sua tesi di laurea, una analisi penetrante sulle note di Genovesi alla traduzione italiana dello 'Esprit des lois' di Montesquieu.

la grande scienza penalistica italiana del Cinquecento — Deciani, Farinacci, Claro — fino ad allora sostanzialmente elusa dalla storiografia. Mario accettò convinto il consiglio, ma lo trasfigurò.

E che di vera trasfigurazione si trattasse lo dimostrano i suoi numerosi ripetuti interventi di questo ultimo trentennio, ma soprattutto il volume splendido del 1974 « *Crimen laesae maiestatis* », che volle inserito nella 'Biblioteca' dei 'Quaderni fiorentini' ⁽³⁾ malgrado la mia sollecitazione ad affidarlo alla Collana patria di Macerata e con il quale vinse la cattedra universitaria nel 1975, in un tempo in cui la vittoria consisteva ancora — e giustamente — in una difficile conquista.

Un ricordo accademico: la Commissione giudicatrice non era allora eletta ma brutalmente sorteggiata grazie a una di quelle numerose follie legislative che il Parlamento nazionale ha riversato sull'Università italiana. Io non ebbi la ventura di essere favorito dalla sorte, ma Mario si guadagnò agevolmente un giudizio unanimemente positivo. Rammemoro ancora con soddisfazione la valutazione addirittura entusiastica di una Collega intelligente e coltissima che sedeva nella Commissione, Giuliana D'Amelio, troppo presto rapita agli amici e agli studi.

Il « *Crimen laesae* » rappresenta il frutto della maturità culturale di lui, anche se era l'opera di uno studioso poco più che trentenne. Egli, a mia insaputa, sulle ultime bozze volle inserire al di sotto della dedica centrale alla memoria del padre una dedicazione anche per me, con uno di quei gesti di affettuosità calda e discreta della quale mi avrebbe per anni continuamente allietato. Quella dedica rappresentava nulla più che la benevolenza del vecchio discepolo, poiché il volume costituiva invece il segno compiuto dell'impossessamento del tema penalistico con piena autonomia, sottoponendolo ad una trasfigurazione rispetto al modello proposto più tecnicamente ristretto.

Già nella breve ma succosa 'premessa', senza conclamazioni vistose, con umiltà e coraggio insieme, era disegnato il paesaggio apertissimo in cui l'autore voleva misurarsi. L'obbiettivo era il sistema dei delitti politici, nella ferma persuasione che « è quel sistema uno

⁽³⁾ M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis – Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974.

degli *specula societatis* più eloquenti, e come tale attrae particolarmente la nostra attenzione ». Il diritto penale di Sbriccoli, ben al di là delle pur considerate e diligentemente vagliate tecniche giuridiche, proprio come manifestazione patologica d'un disagio e d'un disordine, si collocava al centro della società e dello Stato, diventava specchio dei conflitti di classe e di ceto, delle paure e delle autotutele del potere, del ruolo positivo e negativo dei giuristi.

* * *

In un primo tempo con qualche eccessiva indulgenza sociologizzante, il respiro di Mario si faceva aperto, ed emergeva al suo intelletto storiografico l'esigenza di uscire fuori dalle mura della cittadella giuridica senza mai rinnegare la propria cittadinanza di giurista, di storico del diritto, bensì col solo fine di arricchirla e di rafforzarla. Uscire fuori dalle mura ristrette per colloquiare con storici della società, dell'economia, della cultura, con politologi, sociologi, criminologi, cultori del diritto positivo.

Una siffatta apertura, che nasceva da un affinamento delle sue certezze epistemologiche, ha fatto del « *Crimen laesae* » un gran libro, un libro forte e complesso cui le generazioni successive dei più avveduti giovani studiosi non hanno mancato di guardare come a un modello appagante di analisi storico-giuridica.

Ho invocato più sopra l'immagine delle mura della cittadella. È vero: Mario ne sentiva e soffriva l'angustia e temeva soprattutto che questo rinserrarsi dei giuristi provocasse un inaccettabile isolamento e, con l'isolamento, il formalismo e la conseguente separazione fra diritto e società, fra diritto e civiltà storica; un rischio e un costo che per il nostro Sbriccoli doveva essere in ogni modo evitato.

Io che lo seguivo da vicino, che ammiravo la sua sana curiosità intellettuale, il suo sforzo affrancatorio e la sua capacità di instaurare un dialogo autenticamente interdisciplinare, non mancai di valorizzarlo. E quando, nel 1986, organizzai a Firenze, nell'ambito delle iniziative del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, un incontro internazionale dall'impronta accentuatamente interdisciplinare su 'Storia sociale e dimensione giuridica' (4) po-

(4) Cfr. *Storia sociale e dimensione giuridica - Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro* - Atti dell'Incontro di studio Firenze 26/27 aprile 1985, Milano, Giuffrè, 1986.

nendo per la prima volta in stretto confronto storici del diritto con storici della 'école parisienne', con doverosa umiltà non mi ritenni in grado di tenere la relazione centrale e volli Mario come interlocutore dell'insigne rappresentante degli *annalistes* relatore al Convegno, Jacques Le Goff. E lui seppe navigare da nocchiero provetto nel mare tempestoso dei rapporti fra discipline diverse, fra gli scogli aguzzi delle autonomie delle storie speciali, in una relazione che fu ammiratissima dallo stesso Le Goff ⁽⁵⁾.

Fino ad oggi è continuata la sua motivata predilezione per il campo penalistico e la fedeltà a un oggetto storiografico, che — grazie alle sue ricerche — ha visto considerevolmente diminuite le zone d'ombra. Insisto però su un punto fondamentale per la comprensione di questo studioso: si sbaglierebbe a vedere nella sopramenzionata fedeltà una sorta di autolimitazione, con la conseguenza negativa di un orizzonte scientifico limitato. Sbriccoli attribuiva al diritto penale il ruolo di osservatorio privilegiato per la messa a fuoco di un orizzonte ben più largo. E ce ne ha dato la prova lui stesso, quasi a fugare i dubbii di un possibile malevolo censore, in uno dei suoi ultimi scavi, quello che ai miei occhi appare quasi come un vero testamento scientifico.

Nel 2003 egli si è fatto promotore — insieme ad altri amici delle Università di Firenze, di Ferrara e di Verona — non di una onoranza a Paolo Grossi in occasione del suo settantesimo anno (cosa che lui sapeva non a me gradita), bensì della concorde testimonianza di una comunità di amici da tempo in stretto dialogo con me, testimonianza che si è concretata in un volume collettaneo significativamente intitolato « *Ordo iuris* » ⁽⁶⁾, a me carissimo sopra ogni altro.

All'interno della simpatica raccolta c'è un ampio saggio di Mario, quasi una monografia, che affronta un tema altamente suggestivo: »La benda della giustizia-Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna«. Ebbene, io credo che qui si riveli appieno il vero

⁽⁵⁾ La Relazione di Mario recava questa intitolazione: *Storia del diritto e storia della società – Questioni di metodo e problemi di ricerca* (cfr., nel volume citato alla nota precedente, p. 127 ss.).

⁽⁶⁾ *Ordo iuris – Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003 (contenente, nell'ordine, saggi di Mario Sbriccoli, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti, Paolo Cappellini, Luca Mannori, Bernardo Sordi, Giovanni Cazzetta, Giovanni Rossi, Stefano Mannoni, Raffaele Volante, Irene Stolzi).

vólto dello studioso, ma altresì la sua capacità di muoversi in un ventaglio multi-disciplinare che vede al centro il diritto ma investe la storia politica e sociale, la storia dell'arte, l'archeologia.

Se si ha la pazienza di scorrere le pagine del saggio, di esaminare il doviziosissimo apparato di note e il corredo iconografico, si ha la dimostrazione del largo raggio d'analisi, della acutezza dello sguardo, della dominanza di un sapere complesso ma anche composito esorbitante di parecchio le competenze dello storico del diritto. È rilevante il risultato: il diritto non viene soffocato o vanificato entro questa raggiera di saperi, ma al contrario ravvivato nella sua specificità. Il punto focale che egli assume consapevolmente a oggetto è il rapporto tra realtà giuridica praticata e comunicazione simbolica, dichiarando espressamente: » è quel rapporto che mi interessa ». Il paesaggio si fa arioso dietro lo sguardo vigile ma straordinariamente — volutamente — dilatato dello storico. L'universo penale si trasforma nelle mani di Mario nella cifra puntuale per arrivare a cogliere il senso d'una intiera civiltà storica in cammino fra medioevo ed età moderna.

* * *

Un'ultima notazione. Più sopra abbiám parlato della fedeltà di Sbriccoli a un grande tema d'indagine. Vogliamo accennare a un'altra fedeltà, su un altro piano: quella alla propria terra e alla propria Università.

Quante volte, insieme, ci partecipavamo la nostra unica vanità e il nostro orgoglio di provenire ambedue da un solido ceppo contadino! Mario avvertiva intensamente il legame con la terra marchigiana. Ne amava il tipico paesaggio campestre segnato dalla organizzazione agraria in colonie, dove signoreggiano querci maestose con funzioni confinarie tra un podere e un altro; e parlava volentieri il dialetto marchigiano; e si compiacenza di ricercare e registrare con la passione di un etnologo e di un antropologo costumanze, rituali, leggende, proverbii, espressioni idiomatiche (7). E amava altrettanto

(7) Ricordo bene che fu lui a mettermi in contatto con uno studioso locale, Giovanni Ginobili, professionalmente un insegnante elementare (se non ricordo male) ma indagatore assai apprezzato dai dialettologi italiani, per far avere a Piero Fiorelli,

intensamente i suoi abitanti, tenaci nella dedizione al lavoro e muniti di un salvante buonsenso; in essi si compiaceva di riconoscersi.

Lui, maceratese, non ha mai voluto lasciare Macerata; è stata una sua scelta precisa, e sono io buon testimone di quando, tanti anni addietro, gli sottoposi l'ipotesi concreta di una 'chiamata' fiorentina, o di quando, in tempi più ravvicinati, alcuni colleghi bolognesi — a cominciare dal penalista Franco Bricola — ripetutamente mi pregarono di sollecitarlo a dar loro la disponibilità per un trasferimento. E a Macerata ha lasciato un'impronta; nella Regione e nella città, dietro quella passione civile, che è stata — fin da ragazzo — una sua innegabile virtù; soprattutto in seno all'Ateneo, in coerenza con la sua mai smentita e profondamente sentita professionalità di scienziato e di docente.

Grazie a lui la piccola e appartata sede universitaria ha visto aumentare il suo prestigio a un livello nazionale ed europeo, confermando la elementare verità che sono sempre e soltanto gli uomini a fare grandi o piccole le cose che frequentano e su cui operano. Più d'una volta, proprio pensando alla Macerata sbriccoliana, mi veniva di accostarla alla Messina di Salvatore Pugliatti, quando la appartata Università siciliana era divenuta, grazie a un grosso personaggio, la capitale della cultura civilistica italiana.

A Macerata Mario ha costruito: ha edificato la ammirevole struttura organizzativa di un Istituto efficientissimo, ma soprattutto, grazie alla qualità altamente formativa del suo insegnamento, ha potuto creare una valida scuola storico-giuridica con allievi che hanno già raggiunto i supremi fastigii accademici. E da parte degli storici del diritto si guarda a Macerata con rispetto e apprezzamento.

* * *

In noi, che abbiamo avuto la buona sorte di conoscerlo e di goderne l'amicizia, resterà nell'animo l'amabilità del suo tratto, il suo gusto dell'ironia e della auto-ironia (salvataggio prezioso di pochi intellettuali), il suo elegante umorismo, il suo stile pacato e sempre misuratissimo, il suo eloquio forbito ed essenziale, la sua disponibilità all'ascolto.

maestro nella storia della lingua non meno che nella storia del diritto, il « Glossario dei dialetti di Macerata e Petriolo », pubblicato dal Ginobili nel 1963.

In chi non ha avuto questa fortuna, resta il volto disegnato con precisione nei suoi scritti, dove l'originalità dell'approccio e l'acutezza delle percezioni dello storico del diritto si congiungono al rigore metodologico, a un dominio sovrano delle fonti più disparate, a un respiro culturale ampio (anche se sempre controllato), alla perfetta intelligenza di civiltà giuridiche tanto differenti quali medioevo e modernità (qualità, questa, che è sempre più raro rinvenire nelle più giovani generazioni).

Proprio per il semplice lettore di oggi e di domani, che affida la conoscenza di Mario al contatto con le sue pagine, mi auguro davvero che, nella esplorazione delle carte del suo tavolo di studio, gli allievi maceratesi possano trovare il frutto delle meditazioni e delle prove di scrittura operate da tempo verso quel prodotto finale — cui Mario teneva moltissimo e che io attendevo con trepidazione — consistente nell'ampia sintesi di una « Storia del diritto penale » promessa all'editore Laterza, sintesi che soltanto lui era in grado di darci.

Speriamo tutti che si tratti di un'opera incompiuta sì ma pubblicabile. Sarebbe il miglior modo per onorare uno scienziato schivo e non amante dei fronzoli cerimoniali (a cui tengono disperatamente i mediocri), nonché per corroborare la sua lezione magistrale a profitto delle generazioni future.

Lezione magistrale! Oggi il vocabolo 'maestro' si spreca indebitamente, mentre — a livello universitario — dovrebbe essere riservato a quei pochi personaggi che si staccano sopra il gregge ormai strabocchevole. Non ho esitazione nel vedere in Mario Sbriccoli un maestro nella scienza e nella scuola, né credo mi faccia velo l'affetto (che pure c'è, ed è grande). A Macerata, il 2 agosto, chiudendo le povere parole che fui in grado di pronunciare, io porsi alle spoglie del caro amico — così volli dire — l'omaggio del suo allievo Paolo Grossi. Non fu un espediente retorico per catturare un facile applauso. Manifestavo, invece, la convinzione che l'antico discepolo avesse lentamente, in anni di duro e proficuo lavoro, assunto quella statura solenne; il vecchio padre accademico era felice di constatarne la superiorità e di riconoscerlo pubblicamente come maestro anche suo.

Citille in Chianti, fine agosto del 2005

	pag
PIETRO COSTA, <i>Pagina introduttiva</i>	1
 MODELLI E IDEOLOGIE	
DIOGO RAMADA CURTO, <i>Notes on the history of European Colonial Law and Legal Institutions</i>	13
MARIO PICCININI, <i>The forms of business. Immaginario costituzionale e governo delle dipendenze</i>	73
GIOVANNI CAZZETTA, <i>Predestinazione geografica e colonie degli europei. Il contributo di Attilio Brunialti</i>	115
PIETRO COSTA, <i>Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana</i>	169
LUIS RODRÍGUEZ-PIÑERO, <i>El Código Colonial: la Organización Internacional del Trabajo y los 'Trabajadores Indígenas' (1919-1957)</i>	259
FLORENCE RENUCCI, <i>La strumentalizzazione del concetto di cittadinanza in Libia negli anni Trenta</i>	319
GIANLUCA GABRIELLI, <i>Il razzismo coloniale italiano tra leggi e società</i>	343
ALESSANDRO TRIULZI, <i>La colonia come spazio di esclusione</i>	359
FILIPPO RUSCHI, <i>Leviathan e Behemoth. Modelli egemonici e spazi coloniali in Carl Schmitt</i>	379
LUIGI NUZZO, <i>Dal colonialismo al postcolonialismo: tempi e avventure del 'soggetto indigeno'</i>	463
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Europa Hoy entre la Historia y el Derecho o bien entre Postcolonial y Preconstitucional</i>	509
 FIGURE DELL'ESPERIENZA	
BERNARD DURAND, <i>Le juge 'colonial' français sous la troisième République</i>	611
MARTINE FABRE, <i>Les justices coloniales: clones imparfaits du système judiciaire métropolitain français</i>	641
PAZ ALONSO ROMERO, <i>Entre asimilación y autonomía: la política colonial española para Cuba y Puerto Rico durante el siglo XIX</i>	675
CLARA ÁLVAREZ ALONSO, <i>El derecho internacional de la era del imperialismo. España y la colonización de Marruecos (1880-1912)</i>	799

ALICIA CAMPOS SERRANO, <i>Colonia, derecho y territorio en el golfo de Guinea: tensiones del colonialismo español en el siglo XX</i>	865
CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, « <i>Missão civilizacional</i> » e <i>Codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa (séculos XIX-XX)</i>	899
GUNVOR SIMONSEN, <i>Legality outside the courtroom: Practices of law and law enforcement in the Danish West Indies at the end of the eighteenth century</i>	921
RICARDO MARCELO FONSECA, <i>Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento</i>	963
LUCIANO MARTONE, <i>Dominio coloniale e proprietà fondiaria: la formazione del demanio italiano in Libia (1911-1923)</i>	985
ISABELLA ROSONI, <i>L'organizzazione politico-amministrativa della prima colonia Eritrea (1880-1908)</i>	1039
GIOVANNI FOCARDI, <i>Gli 'africani' di Palazzo Spada: tracce biografiche dei consiglieri di Stato</i>	1129

LETTURE

G. AGAMBEN, <i>Stato di eccezione. Homo sacer, II, I</i> (A. Simoncini)	1173
A.-J. ARNAUD, <i>Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation</i> (F.S. Nisio)	1179
A. A. CASSI, <i>Ius Commune tra Vecchio e Nuovo Mondo</i> (V. Tau Anzoátegui).	1187
« <i>Diritto privato</i> », 2001-2002 - VI-VII <i>L'interpretazione e il giurista</i> (P. Costa)	1195
G. DUSO (a cura di), <i>Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici</i> (J.-F. Kervégan)	1205
F. LUCARINI, <i>Scienze comunali e pratiche di governo in Italia (1890-1915)</i> (L. Mannori)	1209
P. NAPOLI, <i>Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société</i> (B. Sordi)	1212
C. PAFFRATH, <i>Macht und Eigentum. Die Enteignungen 1945-1949 im Prozeß der deutschen Wiedervereinigung; H.C. Löhr, Der Kampf um das Volkseigentum. Eine Studie zur Privatisierung der Landwirtschaft in den neuen Bundesländern durch die Treubandanstalt (1990-1994)</i> (R. Volante)	1215
G. PRETEROSSÌ, <i>L'Occidente contro se stesso</i> (D. Zolo)	1229
D. QUAGLIONI, <i>La sovranità</i> (P. Costa)	1233

A PROPOSITO DI ...

FEDERIGO BAMBI, <i>Un costituito davvero per tutti? (a proposito del Costituto del comune di Siena volgarizzato nel MCCCIX-MCCCX)</i>	1239
---	------

GIROLAMO IMBRUGLIA, <i>Verri, Filangieri, Vico: tre edizioni recenti</i>	1251
LUCA SCUCCIMARRA, <i>Il prisma giacobino</i> (a proposito di <i>Scacco al liberalismo</i> di Lucien Jaume).	1267
PAULO FERREIRA DA CUNHA, <i>Du mythe du libéralisme au Portugal</i> (à propos d'António Manuel Hespanha, <i>Guiando a Mão Invisível</i>).	1279
ANNA GIANNA MANCA, <i>Il Sonderweg italiano al governo parlamentare</i> (a proposito delle acquisizioni della più recente storiografia costituzionale italiana).	1285
BERNARDO SORDI, <i>Ritorno al futuro: pietrificazioni storiche e trasfigurazioni ermeneutiche nelle vicende costituzionali della giustizia amministrativa</i> (a proposito di Corte cost., sentenza 6 luglio 2004, n. 204 e di A. Orsi Battaglini, <i>Alla ricerca dello Stato di diritto</i>)	1335
DAMIANO CANALE, <i>La tensione verso un diritto giusto tra presente e storia</i> (a proposito di Hasso Hofmann, <i>Introduzione alla filosofia del diritto e della politica</i>)	1347
SALVATORE BERLINGÒ, <i>'Desacralizzazione' del diritto e itinerari canonistici del Novecento</i> (a proposito di <i>Itinerari culturali del diritto canonico nel Novecento</i> , a cura di C. Fantappiè).	1375

RAGGUAGLI FIORENTINI

<i>Attività del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2003-2004</i>	1389
PAOLO GROSSI, <i>Ricordo di Mario Sbriccoli</i>	1391

I collaboratori del « Quaderno » 33-34

Diogo RAMADA CURTO

Full-time professor — Department of History and Civilization — European University Institute

Mario PICCININI

Ricercatore assegnista di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Cassino

Giovanni CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

Pietro COSTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Luis RODRÍGUEZ-PIÑERO

Profesor investigador, Indigenous Law and Policy Program, James E. Rogers College of Law, The University of Arizona

Florence RENUCCI

Attaché Temporaire d' Enseignement et de Recherche — Université de Montpellier

Gianluca GABRIELLI

Insegnante — Membro del Centro Studi per la Storia e la Teoria del Razzismo in Italia

Alessandro TRIULZI

Prof. Ordinario di Storia dell'Africa Subsahariana — Università di Napoli 'L'Orientale'

Filippo RUSCHI

Ricercatore assegnista di Filosofia del diritto — Università di Firenze

Luigi NUZZO

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Lecce

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

Bernard DURAND

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Montpellier — Professeur à l'Université de Montpellier

Martine FABRE

Ingénieur de recherche CNRS, UMR « Dynamiques du droit » — Faculté de Droit de Montpellier

Paz ALONSO ROMERO

Profesora titular de Historia del Derecho y de las Instituciones — Universidad de Salamanca

Clara ÁLVAREZ ALONSO

Profesora titular de Historia del Derecho y de las Instituciones — Universidad Autónoma de Madrid

Alicia CAMPOS SERRANO

Investigadora — Universidad Carlos III de Madrid

Cristina NOGUEIRA DA SILVA

Professora Auxiliar — Faculdade de direito — Universidade Nova de Lisboa

Gunvor SIMONSEN

Researcher — Department of History and Civilization — European University Institute

Ricardo Marcelo FONSECA

Prof. Adjunto de História de direito — Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

Luciano MARTONE

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano — Università di Napoli 'L'Orientale'

Isabella ROSONI

Prof. Associato di Storia delle Istituzioni Politiche — Università di Macerata

Giovanni FOCARDI

Dottore di ricerca — Dipartimento di Storia — Università di Padova

Alessandro SIMONCINI

Dottore di ricerca — Dipartimento di Studi storici — Università di San Marino

Francesco Saverio NISIO

Ricercatore di Sociologia giuridica — Università di Foggia

Victor TAU ANZOÁTEGUI

Catedrático de Historia del derecho argentino — Universidad de Buenos Aires

Jean-François KERVÉGAN

Professeur — *Directeur NoSoPhi* (Normes, Sociétés, Philosophies) — Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Luca MANNORI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche — Università di Firenze

Bernardo SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Raffaele VOLANTE

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

Danilo ZOLO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto — Università di Firenze

Federigo BAMBI

Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Girolamo IMBRUGLIA

Prof. Ordinario di Storia moderna — Università di Napoli 'L'Orientale'

Luca SCUCCIMARRA

Prof. Associato di Storia delle dottrine politiche — Università di Macerata

Paulo FERREIRA DA CUNHA

Professor Catedrático da Faculdade de Direito — Universidade do Porto

Anna Gianna MANCA

Prof. Associato di Storia costituzionale — Università di Trento

Damiano CANALE

Prof. Associato di Filosofia del diritto — Università Bocconi di Milano

Salvatore BERLINGÒ

Prof. Ordinario di Diritto canonico — Università di Messina

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

